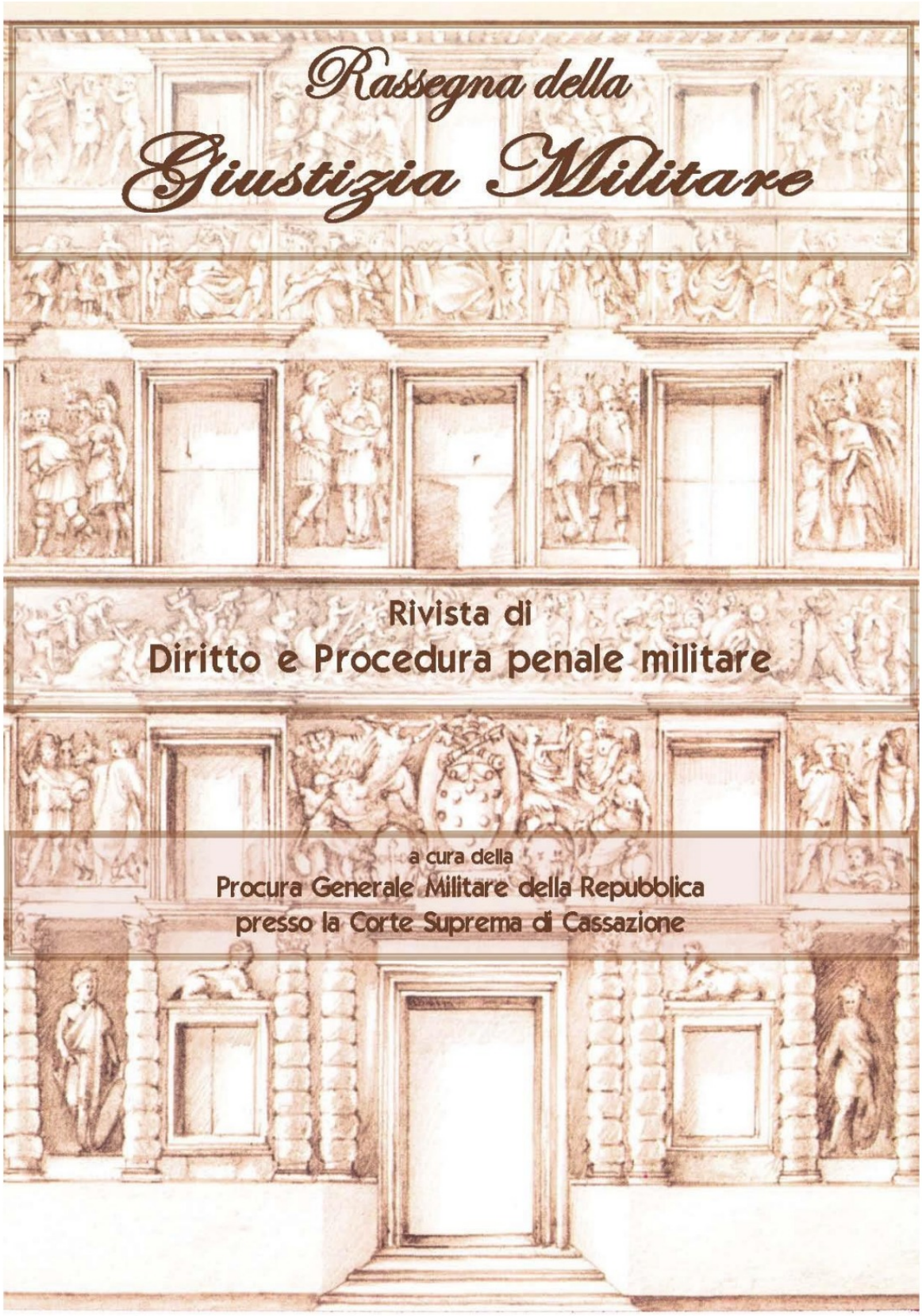
Rassegna della Giustizia Militare



Rivista di
Diritto e Procedura penale militare

a cura della
Procura Generale Militare della Repubblica
presso la Corte Suprema di Cassazione

RASSEGNA DELLA GIUSTIZIA MILITARE

BIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE MILITARE

Direttore: dott. Maurizio BLOCK (Procuratore Generale Militare presso la Corte Suprema di Cassazione)

Comitato Scientifico: Francesco CALLARI, Domenico CARCANO, Paolo FERRUA, Luigi Maria FLAMINI, Ranieri RAZZANTE, Pierpaolo RIVELLO, Natalino RONZITTI, Antonio SCAGLIONE, Giovanni Paolo VOENA

Comitato dei Revisori: Giulio BARTOLINI, Paolo BENVENUTI, Gaetano CARLIZZI, Enrico DE GIOVANNI, Lorenzo DEL FEDERCIO, Iole FARGNOLI, Alfonso FERGIUELE, Clelia, IASEVOLI, Giulio ILLUMINATI, Carlotta LATINI, Saverio LAURETTA, Carlo LONGOBARDO, Giuseppe MAZZI, Giuseppe MELIS, Domenico NOTARO, Gianluca PASTORI, Mariateresa POLI, Silvio, RIONDATO, Francesco SALERNO, Sergio SEMINARA, Giovanni SERGER, Giorgio, SPANGHER, Carmelo Elio TAVILLA, Gioacchino TORNATORE

Redazione: Sebastiano LA PISCOPIA (Capo Redattore), Andrea CONTI, Saverio SETTI, Pierpaolo TRAVAGLIONE

*** *** *** ***

RIEPILOGO DATI PER IL DEPOSITO PRESSO IL MINISTERO DEI BENI ARTISTICI E CULTURALI - SERVIZIO II - PATRIMONIO BIBLIOGRAFICO E DIRITTO D'AUTORE

Denominazione della Rivista Scientifica: Rassegna della Giustizia Militare
ISSN: 0391-2787
Registrazione: Tribunale di Roma n. 16019, Decreto 9 agosto 1975
Periodicità: bimestrale (on-line)
Proprietario ed Editore: Ministero della Difesa
Sede: Via degli Acquasparta 2 - 00186 Roma
ISP (Internet Service Provider): Comando C4 Esercito – www.difesa.it
Indirizzo web: http://www.difesa.it/Giustizia_Militare/rassegna/Pagine/default.aspx
Indirizzo e-mail: rassegnagiustiziamilitare@gm.difesa.it
Recapiti telefonici: 06.47355214 - 06.68806026 – 06.6861179

Indice

Editoriale del Capo redattore
Dott. Sebastiano La Piscopia

Lectio Magistralis

La repressione dei crimini di guerra attraverso la giurisdizione penale militare. Dimensione storica ed attuale: casistica e problemi probatori
Dott. Maurizio Block

Come rafforzare il ruolo della Corte Penale Internazionale
Dott. Giancarlo Roberto Bellelli

Saggi

La giurisdizione condizionata amministrativa in materia militare: ancora un nodo gordiano – riflessioni a margine di Cons. St. sent. 880/2018
Cap. El Saverio Setti

Forze armate italiane e operazioni internazionali: la cornice normativa di riferimento
Ten. Col. El Federico Sperotto

Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto
Avv. Fiorenzo Marino

Rassegna della Giustizia Militare

Editoriale del Capo redattore

a cura di Sebastiano La Piscopìa[1]

In premessa, a nome del Direttore della Rassegna della Giustizia Militare, dott. Maurizio BLOCK, il Comitato di Redazione ringrazia i lettori da cui riceve crescenti e lusinghieri apprezzamenti per la varietà e la qualità dei contributi dal taglio sia divulgativo che scientifico.
Un ringraziamento particolare va inoltre agli autorevolissimi Membri del Comitato Scientifico e del Comitato di Revisione per l'intesa e proficua attività prestata per il nobile fine della diffusione della cultura giuridica.
Si coglie l'occasione per segnalare la presenza, sul corrente n 4/2018, degli interessantissimi interventi tenuti dal Sig. Procuratore Generale Militare della Corte Suprema di Cassazione, dott. Maurizio Block e dal Presidente del Tribunale Militare di Sorveglianza dott. Roberto Bellelli[2] alla Conferenza sul ventesimo anniversario dello Statuto di Roma[3].
L'importanza di tali scritti è da rinvenire, a sommesso avviso di chi scrive, nell'accuratezza ed obiettività delle ricostruzioni storiche effettuate e nella profondità delle riflessioni ed intuizioni giuridiche ivi contenute che spero possano stimolare nei lettori, com'è successo allo scrivente, gli approfondimenti storici e processuali sui crimini di guerra e suscitare riflessioni critiche sui possibili futuri "miglioramenti" dello Statuto di Roma.

La responsabilità dei grandi

L'idea di un colonialismo democratico e non violento che verso la fine del Seicento *William Penn* esportò oltreoceano, in Pennsylvania, naufragò al fallire delle proposte di legge volte a migliorare le condizioni di vita degli indiani e dei neri del nord America, ma di esso restò verosimilmente l'idea di una democrazia rappresentativa su base universale sottesa dal rispetto per le diverse posizioni identitarie.
Pertanto, all'interno del nascente Stato nordamericano, purtroppo, prevalse il diritto di natura come sopraffazione del forte sul debole.
Il pensiero di *Sir W. Penn* però contribuì con ogni probabilità, nel successivo secolo dei lumi, al sorgere delle emergenti teorie sul governo delle conflittualità interstatuali.

---

[1] L'autore esprime in questo editoriale scevro da pretese di esaustività e di scientificità il proprio libero pensiero evidenziando - come di consueto - che esso non rappresenta in alcun modo la posizione dell'Amministrazione d'appartenenza, qui liberata da ogni eventuale responsabilità.
[2] Già Membro della Delegazione Italiana presso la Conferenza Diplomatica di Roma sulla Corte Penale Internazionale e Consigliere Giuridico presso l'Ambasciata d'Italia all'Aja.
[3] Tenutasi presso la sala della Protomoteca, Campidoglio il 18 luglio 2018.

Secondo tali teorie filosofico-politiche in parte riconducibili a *Jean-Jacques Rousseau*, taluni fondamentali aspetti della vita della comunità, come la pace e la giustizia internazionale, potevano essere gestiti da una sorta di confederazione sovranazionale, in analogia a quanto accadeva nel sodalizio tipico cittadino-Stato.
In altre parole, vi era già una illuminata consapevolezza della strategica necessità di trovare una via giuridica alla limitazione dei conflitti, anche attraverso coalizioni di forze dal decisivo potere dissuasivo: la forte esigenza avvertita era quella di arginare l'inevitabile crudeltà della guerra.
Per *Rousseau*, la guerra però non andava considerata come un fenomeno di contrasto tra uomini, ma piuttosto come un conflitto tra Stati in cui i cittadini sono nemici non in quanto tali, ma solo se e in quanto soldati[4].
Come tristemente noto, tuttavia, l'uso indiscriminato di armi chimiche durante la grande guerra o di bombardamenti "a tappeto" durante la seconda guerra mondiale, rappresentarono solo alcuni dei terribili usi di guerra che denudarono la nobile utopia di *Rousseau*, mostrando i lati più oscuri della ragion di Stato.
E' passato molto tempo ormai da quando il 29 ottobre del 1899 venne siglato l'atto finale della Conferenza di pace dell'Aja con le sue sei convenzioni/dichiarazioni sul diritto bellico.
Da allora moltissime importanti pagine di diritto internazionale umanitario e di diritto internazionale penale sono state scritte sino allo Statuto della Corte Penale Internazionale ed il dibattito su come arginare i crimini contro l'umanità ed i crimini di guerra non si è mai spento.
Uno dei punti focali di tale dibattito verte sul cosiddetto principio di effettività, per il quale l'indagine sulla reale possibilità di reprimere i crimini di guerra non sembra poter prescindere dalla definizione dei precetti penali elaborati a livello internazionale.
Al riguardo si osserva che dopo le innumerevoli atrocità commesse nel corso del secondo conflitto mondiale, il diritto convenzionale ha previsto chiaramente l'obbligo per i singoli Stati di punire le maggiori violazioni del diritto internazionale umanitario, definite "gravi infrazioni" elencandole all'art. 50 della Prima Convenzione, 51 della Seconda Convenzione, 130 della Terza convenzione, 147 della Quarta Convenzione, oltre che agli articoli 11, § 4 e 85 del I Protocollo aggiuntivo del 1977.
Pur non volendo riportare integralmente tali fattispecie, ma limitandoci a rammentare il disvalore di crimini commessi contro le persone protette dalle Convenzioni, come ad esempio l'omicidio intenzionale, la tortura e i trattamenti inumani, la privazione intenzionale del diritto della persona protetta ad essere giudicata, le illecite deportazioni di civili e l'attacco alle popolazioni civili, vorremmo qui considerare che per il predetto principio di effettività, tali precetti di diritto internazionale penale resterebbero lettera morta senza un adeguato compendio di norme concernenti le leggi e gli usi di guerra.
La nostra Costituzione all'art. 13. 4 recita "*è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizione di libertà*" e all'art. 10 demanda l'automatico adeguamento del nostro ordinamento alle regole di diritto internazionale consuetudinario, lasciando così al diritto interno il compito di individuare le pertinenti fattispecie delittuose.
Come noto, nella legislazione metropolitana le norme contenenti le leggi e gli usi di guerra sono contenute nel c.p.m.g. del 1941 dall'art. 165 all'art. 230 e come tutte le norme di diritto interno si prestano a risentire, in determinati periodi storici, delle relative sensibilità politiche.
Pertanto, ferma restando la forza monitoria del diritto convenzionale di Ginevra e di Roma, le norme di diritto interno assurgono ad indispensabile strumento di tutela di beni internazionalmente rilevanti.
Ciò nondimeno, l'innovativo carattere di complementarietà dello Statuto della Corte Penale Internazionale ha decisamente rafforzato il potere sanzionatorio verso i cosiddetti *core crimes*.
Inoltre, sempre su un piano internazionale, ove un atto gravissimo dovesse presentare caratteristiche tali da poterlo individuare come crimine contro l'umanità, il Consiglio di Sicurezza potrebbe

---

[4] G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto bellico*, Città di Castello, 1954, pag. 101.

(almeno ipoteticamente) fare ricorso al Capo VII per attivare l'azione inquirente della Corte ai termini dell'art. 13 (b) dello Statuto di Roma. Il Consiglio potrebbe quindi riferire al Procuratore della Corte una situazione per la quale possa rilevarsi l'avvenuta commissione di possibili crimini contro l'umanità rientranti nella sfera di efficacia dell'art. 7 dello Statuto di Roma, anche indipendentemente dall'accettazione della competenza della Corte da parte dello Stato.
E' anche per la disponibilità di tali nuovi strumenti di diritto internazionale penale che la perseguibilità di crimini anch'essi internazionali rende lontane a chi scrive, non solo nel tempo, le affermazioni del *Levi* che nel 1929 affermava: "*l'esistenza di un diritto internazionale penale deriva anche dal vigore del sillogismo: il diritto internazionale fonda obbligazioni solo tra Stati, le norme penali regolano la condotta tra individui, quindi se la norma è penale non è internazionale, o viceversa.*"
Conseguentemente, nell'immaginario di chi scrive, il diritto internazionale penale è raffigurato come un braccio forte ed universale che afferra e regge la mano protesa del diritto penale nazionale. Tanto più è forte e virtuoso questo abbraccio, tanto più è efficace il summenzionato principio di effettività.
Tornando ora sull'indubbia importanza del diritto interno ed in particolare sulla fungibilità dello stesso ai fini della qualificazione giuridica dei fatti criminosi, è di grande interesse rileggere un pertinente stralcio della sentenza del 21 novembre 2006 della Corte Militare di Appello di Roma sulla strage di Sant'Anna di Stazzema[5], consultabile al pari molte altre rilevantissime sentenze su crimini di guerra sul sito della Rassegna della Giustizia Militare:
"*Sulla base dei fatti, quali emersi all'esito del presente dibattimento, il Collegio ritiene perfettamente integrata la fattispecie di cui all'art.185 c.p.m.g. così come indicata in imputazione.*
Al di là di quanto osservato circa l'esatto numero delle vittime, ciò che può dirsi provata è l'uccisione di centinaia di persone innocenti, in gran parte donne, vecchi e bambini. Se normalmente un evento di questo tipo darebbe luogo ad un corrispondente numero di reati di omicidio con riferimento al disposto dell'art. 575 c.p., nel caso in esame – cioè alla presenza degli elementi specializzanti di cui alla norma contestata – si configura il diverso reato previsto e punito dal codice penale militare di guerra.
Infatti, mentre il comma 1 della suddetta norma incrimina genericamente il militare che "usa violenza", nel comma 2 si fa riferimento all'omicidio, in sistematica coerenza con il concetto normativamente definito dall'art.43 c.p.m.p. secondo il quale «agli effetti della legge penale militare», sotto la denominazione di violenza è compreso anche l'omicidio, e si prevede l'applicabilità delle sanzioni stabilite dal codice penale. (omissis).
Il fatto, poi, che si tratti di militari appartenenti a Forze armate straniere non è certamente di ostacolo all'applicazione della norma, in quanto l'art. 13 c.p.m.g. - la cui vigenza non è stata scalfita dall'art.103 Cost. (pacifico in giurisprudenza dopo la pronuncia del 28.10.1950 delle S.U. della Suprema Corte, proc. Wagener, ma soprattutto dopo l'avallo della Corte Costituzionale con la sent. 48/1959, e l'ulteriore conferma della stessa Cassazione con la sent. 10 febbraio 1997 già citata) – prevede espressamente l'applicabilità delle disposizioni relative ai reati contro le leggi e gli usi della guerra, tra cui appunto l'art.185 c.p.m.g., anche ai militari e a ogni altra persona appartenente alle Forze armate nemiche che li commettano a danno dello Stato italiano o di un cittadino italiano.
In virtù del combinato disposto delle suddette norme, pertanto, può dirsi punibile in base all'art. 185 c.p.m.g. anche il militare straniero (gli imputati erano tutti appartenenti alle SS) che usi violenza (nel caso di specie cagionando la morte), per cause non estranee alla guerra, contro «privati nemici» – nel nostro caso i cittadini italiani (art. 13 c.p.m.g.) – che non prendono parte alle operazioni militari (art.185 c.p.m.g.).

---

[5] Emessa dopo la sentenza di primo grado del Tribunale Militare di La Spezia del 22 giugno 2005 – Procuratore Militare della Repubblica dott. Marco De Paolis.

E' stato eccepito, per escludere la configurabilità della norma in oggetto, che la nozione di «privati nemici» dovrebbe essere riferita ai partigiani piuttosto che alla popolazione, non potendosi certo considerare tali le donne, vecchi e bambini. Infatti, si argomenta, essendo stato provato che quel giorno a Sant'Anna non vi era alcun soldato inglese o americano, né tantomeno nessun partigiano, l'azione non sarebbe stata rivolta contro privati nemici ma contro civili inermi, con conseguente qualificazione del fatto in termini di omicidio plurimo aggravato e continuato.
Al riguardo, però, deve sottolinearsi che il termine «privati nemici» non potrebbe che essere riferito proprio alla popolazione. A tale conclusione, peraltro pacifica in giurisprudenza (si veda, da ultimo, Cass. 751/2002, Seifert), oltre che per ragioni lessicali, si perviene alla luce della stessa norma in riferimento che, nell'ultima parte del comma 1, concorre a definire i «privati» come coloro che non prendono parte alle operazioni militari.
Tale conclusione, oltre ad essere l'unica possibile per garantire un margine di coerenza interna alla norma, altrimenti svuotata di significato se si parte dal presupposto che i partigiani sono per definizione delle formazioni armate, e che come tali prendono parte alle operazione militari, è peraltro imposta dall'ultimo comma della stessa disposizione, ove, nel rispetto di una perfetta bilateralità, lo stesso divieto di usare violenza viene imposto anche nei confronti dei "semplici" abitanti del territorio occupato dai militari italiani."
La prima osservazione che vorremmo effettuare è sulla bastevolezza del diritto interno ai fini della configurazione delle fattispecie delittuose.
Nel caso in esame la Magistratura militare, pur giudicando azioni criminose in data successiva al cosiddetto diritto di Ginevra e di Roma, è riuscita a qualificare giuridicamente in modo inequivocabile gli atroci fatti di Sant'Anna di Stazzema, sì alla luce del diritto internazionale penale ma avvalendosi sostanzialmente del solo c.p.m.g..
Tali fatti, pertanto, per quanto internazionalmente riconosciuti come criminosi e definiti dallo stesso collegio giudicante come intrinsecamente illeciti, necessitavano di una fonte primaria di diritto interno dotata di concreta efficacia sanzionatoria.
La seconda osservazione verosimilmente degna di una riflessione, riguarda la terminologia utilizzata dal c.p.m.g. relativamente ai c.d. "privati nemici" che pare essere piuttosto infelice.
Meglio sarebbe stato poter disporre di una norma metropolitana che analogamente alle norme di diritto convenzionale utilizzasse un più adeguato riferimento alle categorie protette ed alla popolazione civile.
Infatti, il termine "nemico" porta con sé presagi di oscure ostilità e sembra evocare la liceità di possibili azioni di guerra nei confronti di "forze combattenti nemiche" per come le intendeva *Rousseau*.
Ma come sappiamo, a Sant'Anna di Stazzema non fu così!
Complessivamente furono trucidati e bruciati 560 civili inermi, definiti nei documenti del Comando della 14^ Armata nazista "componenti di bande"[6].
A Sant'Anna di Stazzema furono uccisi 130 bambini e i bambini non sono componenti di bande, né privati nemici, sono solo bambini!
Al riguardo, verrebbe da pensare al poeta polacco *Czeslaw Milosz* che, perseguitato ed esiliato, ebbe ad osservare: "*Chiunque detenga il potere può controllare anche il linguaggio, e non solo con le proibizioni della censura, ma cambiando il significato delle parole*"[7].

I Magistrati militari, però, non hanno ceduto ad equilibrismi interpretativi né a labili strumentalizzazioni lessicali: hanno indagato, hanno acquisito prove ed hanno deciso secondo giustizia.

---

[6] Cfr. F. GIUSTOLISI, *L'Armadio della vergogna*, Roma, 2004, pagg. 110 – 112.
[7] Cfr. G. CAROFIGLIO (apprezzato scrittore ed ex Magistrato), *La manomissione delle parole*, Milano, 2010, pag. 44.

Il titolo di questo modesto editoriale è "La responsabilità dei grandi".
Per chi scrive la responsabilità dei grandi è:

- dire ai giovani che non dovranno dimenticare il coraggio di Genny Marsili che ha lanciato il suo zoccolo per proteggere il figlioletto nascosto dietro la porta della stalla[8];
- dialogare, studiare, mediare, proporre ed approvare norme migliori, sia di diritto interno che internazionale per prevenire e reprimere i crimini contro l'umanità;
- giudicare i criminali interpretando con ferma saggezza le norme esistenti come monito per chi volesse in futuro "spezzare i girotondi dei bambini di un'altra Sant'Anna di Stazzema";
- insegnare ai soldati l'esempio di quei due militari neri americani che, dopo la strage di Sant'Anna, donarono a Giacomo Verona un pezzo di cioccolata senza chiedergli a quale banda appartenesse[9].

---

[8] Cfr. P. CALAMANDREI, *Uomini e città della resistenza,* Roma, 2011, pag. 255 e ss.

[9] Cfr. AA.VV., *Il nonno racconta*, Associazione Nazionale Mutilati e Invalidi di Guerra e Fondazione, 2011, "Sant'Anna 12 agosto 1944 di Giacomo Verona" pagg. 177 - 179.

La repressione dei crimini di guerra attraverso la giurisdizione penale militare. Dimensione storica ed attuale: casistica e problemi probatori

Intervento del dott. Maurizio BLOCK

Procuratore Generale Militare presso la Corte Suprema di Cassazione

alla Conferenza sul XX anniversario dello Statuto di Roma

Buonasera a tutti. Un ringraziamento ai promotori di questa conferenza ed in particolare al segretario generale dell'organizzazione non governativa *Parlamentarians for Global Action,* prof. David Donat Cattin.

Lo scopo di questa relazione è di illustrare il compito svolto dai Tribunali militari all'indomani della seconda guerra mondiale e gli interventi che sono stati realizzati sul piano giudiziario nel prosieguo degli anni cinquanta fino ai tempi più recenti allorquando sono emersi procedimenti giudiziari accantonati per decenni a seguito di un anomalo ed illegittimo provvedimento di archiviazione provvisoria che ha fortemente messo in discussione il ruolo dei Tribunali militari e quello della politica dell'epoca.

Vorrei anche fare qualche breve considerazione sull'attuale normativa vigente sulla repressione dei reati militari commessi in territorio estero nelle operazioni internazionali di pace.

All'indomani della seconda guerra mondiale la repressione dei reati commessi, nel corso o subito dopo la stessa, si sviluppò su piani diversi ed ad opera di organi diversi, come è comprensibile, d'altronde, in considerazione della situazione storico-politica in particolare del nostro Paese.

Già la dichiarazione sui crimini di guerra rilasciata dalla Conferenza di Mosca il 30 ottobre 1943, aveva previsto la possibilità di riportare i criminali di guerra nazisti nei Paesi di commissione dei delitti perché potessero essere ivi giudicati e puniti da quegli stessi Paesi (non appena retti da Governi legittimamente nominati).

Tuttavia tale ipotesi non era di facile realizzazione in quanto lo *status* internazionale dell'Italia in quel delicato periodo storico era particolarmente ambiguo, atteso che dal 13 ottobre 1943, data della dichiarazione di guerra dell'Italia alla Germania, il nostro Paese risultava "cobelligerante" al fianco delle Nazioni Unite, ma anche firmatario di un

armistizio che lo individuava come potenza sconfitta con l'obbligo di consegnare agli Alleati i criminali di guerra italiani.

Pertanto, nell'immediato dopoguerra, non era facile comprendere se i criminali nazisti potessero essere processati dall'Italia oppure no.

Va rammentato, infatti, che gli inglesi ritenevano l'Italia una nazione nemica sconfitta, più che un "emergente alleato" e che quindi opponevano riserve alle insistenti richieste dell'Italia di far processare i criminali tedeschi dai Tribunali militari italiani competenti per territorio.

Inoltre vi era un altro problema: insistere per processare i criminali nazisti avrebbe concesso maggior forza a chi, a sua volta, chiedeva l'estradizione per i criminali fascisti per fatti commessi in Grecia in Jugoslavia, in Albania ecc.

Se da un lato, quindi, vi era l'interesse a processare i criminali tedeschi, dall'altro vi era il timore che la comunità internazionale chiedesse di processare quelli italiani per fatti commessi all'estero.

Sta di fatto che dopo il 25 aprile 1945, le prove sui crimini di guerra nazisti furono raccolte dalla "Commissione centrale istituita presso il Ministero dell'Italia occupata" che trasferì sino alla fine del '46 tutto il materiale accusatorio alla Procura Generale militare.

In particolare, la suddetta Procura Generale militare interagiva con:

- la Commissione Alleata in Italia la quale aveva il compito di individuare e fermare i ricercati;
- la Commissione delle Nazioni Unite per i crimini di guerra di Londra (UNWCC) la quale aveva il compito di decidere l'inserimento dei denunciati nella lista dei presunti criminali di guerra.

E' interessante notare che tale accentramento delle attività presso la Procura Generale militare costituiva il presupposto per una possibile futura attività dei Tribunali militari italiani, all'atto del reintegro della piena potestà giudiziaria italiana in materia.

In questa fase, **le Corti militari britanniche site in Italia** erano invece attive e **processarono alcuni alti generali tedeschi** ritenuti responsabili di *war crimes*, **ma nessuna sentenza di condanna a morte fu mai eseguita nei loro confronti** e la quasi totalità dei condannati fu liberata negli anni immediatamente successivi.

Quanto all'attività dei Tribunali militari italiani, bisognerà arrivare alla fine del 1946 perché la comunità internazionale riconoscesse agli stessi la possibilità di processare i criminali di guerra tedeschi di grado inferiore a Generale.

I Tribunali militari italiani svolsero gran parte della loro attività del dopoguerra entro il 1952, portando a sentenza **13 procedimenti penali contro criminali nazisti.**

Ad avviso di molti storici e politologi, tali processi verosimilmente risentirono della benevola influenza politica del primo governo tedesco occidentale guidato, dal 1949, da *Adenauer*.

Sta di fatto che rispetto alla imponente mole di documenti giunti alla Procura Generale militare, i **processi celebrati contro i criminali di guerra tedeschi furono ben pochi.**

Nel caso specifico, i Tribunali militari ricorsero all'**art. 13 del c.p.m.g. "Reati commessi da militari nemici contro le leggi e gli usi della guerra"** che estendeva ai militari tedeschi l'applicabilità delle sanzioni penali per le violenze e le uccisioni commesse dai militari italiani contro civili o prigionieri di guerra.

Pensando a quali siano state le possibili cause di un numero così esiguo di processi a criminali nazisti nell'immediato dopoguerra, credo che sia necessario considerare che le riprese relazioni diplomatiche tra Germania e Italia (1949) erano di sostegno al *piano Marshall* (1947), finalizzato alla ricostituzione di una forte Germania occidentale da contrapporre al blocco sovietico nel quadro di una nascente alleanza euro-atlantica favorevole ad una riabilitazione, anche giudiziaria, dell'ex nemico tedesco.

Ritengo che siano queste le ragioni di politica internazionale per le quali furono concesse varie amnistie nei primi anni '50, dopo le quali rimasero in carcere solo *Kappler* (responsabile dell'eccidio delle Fosse Ardeatine, fuggito nel 1977 dall'ospedale Celio di Roma) e *Reder* (responsabile della strage di Marzabotto, graziato nel 1985).

I cosiddetti **"crimini fascisti" commessi da italiani furono invece giudicati da Tribunali civili sulla base del diritto penale ordinario.**

In particolare operarono l'Alta Corte di giustizia (**da settembre 1944 a ottobre 1945**), le Corti straordinarie d'Assise e, successivamente, le Sezioni speciali delle Corti d'Assise (da **maggio 1945 a dicembre 1947**).

A fronte di un enorme lavoro istruttorio furono emanate quasi **seimila condanne nei confronti di criminali di guerra fascisti**, delle quali **91 per pene capitali realmente eseguite.**

Al riguardo, evidenzio che i **reati di collaborazionismo commessi dai civili fascisti** prevedevano l'applicazione dell'**art. 51 c.p.m.g. "aiuto al nemico"** che **stabiliva la pena di morte**.

Invece, **i reati di "violenza con omicidio contro privati cittadini" commessi dai militari nazisti erano previsti dall'art. 185 c.p.m.g. ed erano puniti a norma del codice penale ordinario ormai privo**, dall'agosto del '44, **della pena capitale**.

Le amnistie di riconciliazione nazionale di Togliatti del 1946 e la successiva del 1953 fecero il resto, rimettendo in libertà la residua totalità dei fascisti condannati a pene non capitali già eseguite.

Dovettero passare quasi **50 anni dalla Liberazione** perché si giungesse ad una nuova fase di processi in Italia sui crimini di guerra commessi dai tedeschi.

Ciò avvenne in occasione della richiesta di estradizione alle autorità argentine dell'ex Capitano delle SS *Erich Priebke*: infatti, con lettera del 30 giugno 1994 l'allora Procuratore di Roma chiedeva al Procuratore Generale Militare di Cassazione e al Procuratore Generale presso la Corte Militare di Appello "*il carteggio relativo ai crimini di guerra commessi durante il secondo conflitto mondiale*".

A seguito di tale richiesta si arrivò alla "scoperta pubblica" del c.d. "armadio della vergogna", un armadio cioè conservato nel sottoscala del palazzo sede degli uffici apicali della giustizia militare con le ante rivolte verso la parete, contenente un Registro denominato "Ruolo generale dei procedimenti contro criminali di guerra tedeschi" ed in cui si rinvennero **2274** notizie di reato, di cui la n. 1 riguardava l'eccidio delle Fosse Ardeatine.

Successivamente, il Consiglio della Magistratura militare che valutò tali fascicoli, ritenne che **695** contenessero vere e proprie notizie di reato e ne dispose l'invio alle competenti Procure militari.

La decisione con cui erano stati all'epoca chiusi i fascicoli custoditi nell' "armadio della vergogna" era stata adottata dal Procuratore Generale dell'epoca con un provvedimento di **"archiviazione provvisoria"**, sconosciuto nel nostro ordinamento processuale, che recava il timbro della *Procura Generale Militare della Repubblica – Ufficio procedimenti contro criminali di guerra tedeschi* ed era sottoscritto dal titolare dell'Ufficio, il dott. Enrico Santacroce.

Come si legge nella deliberazione del 23 marzo 1999 del Consiglio della Magistratura Militare "Indagine conoscitiva sui procedimenti per crimini di guerra":

"***Un terzo circa degli incartamenti da trasmettere risultava piuttosto corposo, in quanto la notizia di reato era corredata di accurati atti di indagine di organi di polizia italiani, o di Commissioni alleate anglo-americane; verbali, questi ultimi, di cui non esisteva la traduzione in italiano, un altro terzo era costituito da una denuncia con qualche verbale di informazioni testimoniali****. I rimanenti atti si componevano infine della sola denuncia di reato, nella quasi totalità dei casi ben circostanziata. I fascicoli in tal modo estratti dall'archivio e trasmessi con* ***provvedimento dal 16 novembre 1994 al 25 maggio 1996 – dal Procuratore Generale presso la Corte Militare di Appello alle Procure Militari competenti in base al criterio del locus commissi delicti sono risultati in n. di 695: 2 sono stati inviati alla Procura Militare di Palermo, 4 a Bari, 32 a Napoli 129 a Roma, 214 a La Spezia, 108 a Verona 119 a Torino. 87 a Padova.*** *(Tra questi 280 circa sono stati rubricati quali procedimenti nei confronti di ignoti,*

militari tedeschi il più delle volte, oppure fascisti o della Guardia Nazionale Repubblicana; gli altri 415, invece, nei confronti di militari identificati, ancora per lo più appartenenti alle Forze Armate Germaniche oppure alle milizie della Repubblica Sociale Italiana. In gran parte dei casi i fatti denunciati sono crimini di guerra più particolarmente reati anche ai danni di persone estranee ai combattimenti con prevalenza di maltrattamenti, violenze ed omicidi, come configurati dall'art. 185 del codice penale militare di guerra.".)

Il Consiglio della Magistratura militare riferisce anche del rinvenimento di missive di alti esponenti politici dell'epoca che indicherebbero l'esistenza di una sorta di "ragion di Stato" volta a tutelare l'alleato tedesco da poco entrato a far parte della NATO e che avrebbe comportato la necessità di accantonare questi procedimenti per favorire il processo di pacificazione *post bellum*.

Al riguardo il Ministro degli Esteri Martino in una lettera al Ministro della Difesa Taviani del 10 ottobre 1956, dopo un riferimento alla collaborazione atlantica ed europea della Germania Federale, si esprime negativamente in merito ad una possibile estradizione di 30 criminali di guerra nazisti ritenuti dal Procuratore militare di Roma responsabili degli eccidi di Cefalonia e Corfù.

Il Ministro della Difesa Taviani risponderà il 20 ottobre 1956 con un "*Concordo pienamente con il Ministro Martino*".

La valutazione del Consiglio della Magistratura militare che tende a ripartire tra il potere politico dell'epoca e la magistratura militare lo scandalo dell'armadio della vergogna non fu condivisa dalla Commissione parlamentare d'inchiesta sulle cause dell'occultamento di fascicoli relativi a crimini nazifascisti **(L. 15 maggio 2003, n. 107 e 25 agosto 2004, n. 232)**, che testualmente sottolinea che "*manca una qualsivoglia comunicazione, anche informale, a firma di un esponente dell'Esecutivo, in cui, preso atto della situazione, si diano disposizioni ai vertici della magistratura militare attinenti ai fascicoli ritrovati nella direzione dell'occultamento.*" In quest'ottica la responsabilità dell'iniziativa sarebbe riconducibile alla magistratura militare dell'epoca.

Va detto però che il quadro politico internazionale in cui si incardinò la decisione di provvisoria archiviazione era molto difficile, perché in quel particolare momento storico l'Unione Sovietica stava invadendo l'Ungheria e la NATO, di cui la Germania Federale era importante Alleato e costituiva un argine strategico da supportare; ciò non toglie che il provvedimento di provvisoria archiviazione rappresenti un *monstrum* giuridico ed un evidente esempio di come la ragion di Stato abbia prevalso sull'esigenza di giustizia in quanto spesso negli atti processuali ritrovati emergevano chiaramente le responsabilità penali di soggetti in ordine a fatti gravissimi con le relative prove a carico.

A seguito dell'invio dei fascicoli contenuti nell'armadio della vergogna della Procura Generale militare alle Procure militari contenenti notizie di reato relative a centinaia di vittime, sono stati celebrati **23 processi, terminati con 62 condanne all'ergastolo.**

Purtroppo, però, in molti casi - come si evince nel dettaglio dagli esiti dei lavori della summenzionata "Commissione parlamentare d'inchiesta sulle cause dell'occultamento di fascicoli relativi a crimini nazifascisti" - dopo l'inoltro dei fascicoli relativi ai crimini di guerra, le Procure hanno dovuto dichiarare, nella maggior parte dei casi, il definitivo non luogo a procedere per intervenuta prescrizione del reato o per decesso degli indagati.

Nei casi in cui invece le Procure militari hanno potuto esercitare l'azione penale, le stesse hanno svolto esclusivamente processi in contumacia, tranne nel caso del processo *Priebke* che fu celebrato con la presenza dell'imputato.

Va detto che il fatto che si sia proceduto in contumacia, istituto vigente nel nostro ordinamento all'epoca della celebrazione dei processi svolti tra gli anni 90 ed i primi del 2000, ha comportato che la condanna non sia poi stata condotta a concreta esecuzione poiché l'ordinamento giuridico degli altri Stati non prevedeva l'istituto della contumacia e ciò, insieme a volte ad altri fattori, si è frapposto all'estradizione del soggetto condannato.

Inoltre la circostanza che lo Stato straniero, in deroga al principio di territorialità della legge penale, intendesse processare *in loco* i propri cittadini secondo il proprio diritto per reati commessi in tempo di guerra in territorio straniero e quindi emettere proprie sentenze sul caso, ha svolto un ruolo negativo sulla possibilità di poter portare a concreta esecuzione le pene per condanne inflitte dai nostri Tribunali militari.

Bisogna dire che, al di là della colpa storica dei Tribunali militari concretizzata nell'armadio della vergogna, le Procure militari ed i Tribunali militari hanno effettuato tra gli anni 90 e 2000 un grossissimo sforzo pur di celebrare processi relativi ai crimini avvenuti circa sessant'anni prima.

Come si diceva, uno dei problemi principali è stato quello della **prescrizione**: nel nostro ordinamento l'applicazione della pena dell'ergastolo rende sempre imprescrittibile il reato mentre il regime estintivo della prescrizione resta per i reati puniti con la pena della "reclusione" e ciò costituisce la ragione per cui molti crimini hanno seguito tale sorte restando impuniti.

Vorrei ricordare che i crimini di guerra in diritto internazionale sono normalmente ritenuti imprescrittibili anche se non può ancora ritenersi formata una prassi univoca degli Stati.

Il nostro Paese, per esempio, come detto, per i reati puniti con pena detentiva diversa dall'ergastolo ritiene applicabile la prescrizione.

Al riguardo si rammenta come ulteriore nota negativa il numero limitato di ratifiche e la conseguente mancata entrata in vigore delle Convenzioni sull'imprescrittibilità dei tutti i crimini di guerra e contro l'umanità delle Nazioni Unite (New York, 26 novembre 1968) e del Consiglio d'Europa (Strasburgo, 25 gennaio 1974).

Ricordo però che l'articolo 29 dello Statuto della Corte penale internazionale stabilisce l'imprescrittibilità dei crimini sottoposti alla giurisdizione della Corte stessa e quindi delle gravi infrazioni commesse alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949.

La mia personale esperienza sui processi per crimini di guerra si è concretizzata tra l'altro in indagini sulla **strage di Pedescala**, avvenuta in un paesino della Valle d'Astico (Vi), nell'aprile del '45, nella quale persero complessivamente la vita 84 persone tra cui bambini donne e civili.

Purtroppo i documenti raccolti anche nel corso della rogatoria svolta in Argentina per interrogare un presunto criminale italiano, tale Bruno Caneva, che si riteneva fosse in combutta con i tedeschi erano «di dubbia valenza» e le deposizioni che avrebbero collocato il Caneva sul luogo dell'eccidio in funzione di concorrente nel reato non erano processualmente utilizzabili sicché non ricorrevano prove che questi avesse partecipato moralmente o materialmente alla strage. Pochi giorni dopo si decise l'archiviazione del caso.

Le impressioni che ho ricavato da questa esperienza sono che, conformemente a quanto avviene per tutti i delitti contro l'umanità, se il ricordo della collettività può attenuarsi con il passare del tempo, purtroppo rimane sempre molto profondo e vivo il dolore dei parenti delle vittime e della comunità locale.

Ciò spinge ovviamente il magistrato requirente a fare tutto il possibile per acquisire le prove per processare i colpevoli e così rispondere al senso di giustizia fino ad allora negato.

Tuttavia la celebrazione di questi processi comporta la necessità di una ricostruzione precisa in sede giudiziaria valorizzata da elementi processuali utilizzabili; bisogna cioè non scivolare nell'errore di raccogliere dati utili ad una ricostruzione storica dei fatti ma infruttuosa sotto il profilo processuale.

E devo rilevare, sotto tale aspetto, quanto sia stato difficile acquisire a distanza di anni, qualora si trovino ancora i sopravvissuti, testimonianze precise ed attendibili. Spesso i testimoni hanno un ricordo confuso a causa del tempo trascorso, dell'età e la narrazione dei fatti è incerta ed a volte contraddittoria e tale perciò da non reggere al vaglio critico di prova processuale.

La stessa collocazione temporale e spaziale degli episodi spesso è sfumata e difficilmente credibile.

Per cui anche se il magistrato inquirente acquisisce la personale convinzione della colpevolezza dell'indagato, tuttavia è costretto a chiedere l'archiviazione per difetto di prove idonee a sostenere l'accusa in giudizio.

A nostro parziale conforto, soccorrono le numerose condanne inflitte alla fine degli anni novanta e dopo il duemila che sono testimonianza di un impegno, seppure tardivo, dei tribunali militari il quale ha contribuito a dare un volto nuovo alla nuova magistratura militare, ormai indipendente e capace di gestire anche complessi processi riguardanti gravissimi crimini del passato a volte anche con un gran numero parti civili.

Volevo per concludere fare un **cenno all'attuale situazione riguardante le operazioni internazionali all'estero** per le quali vige, per effetto di una recente disposizione di legge, l'applicazione - per i reati commessi all'estero da personale militare - della legge penale militare in tempo di pace.

Pertanto tutti i comportamenti posti in essere da militari all'estero costituenti reato militare sono puniti alla stregua di un codice penale militare comune che non è più in grado di cogliere il disvalore di comportamenti rilevanti che sarebbero meglio definibili con la previsione di di specifiche norme penali e disposizioni per le missioni all'estero.

Attualmente il numero di reati militari denunciati commessi all'estero dai militari italiani è estremamente esiguo per non dire insignificante ed é con ogni probabilità inferiore al numero di reati militari effettivamente commessi che verosimilmente vengono puniti disciplinarmente.

Credo che la ragione di ciò risieda nella mancanza di strumenti normativi che attribuiscano maggiori poteri di controllo alla magistratura militare competente che ha sede in Roma; insomma è indifferibile una rivisitazione della materia con l'approvazione da tempo ventilata/auspicata di un codice per le operazioni militari all'estero che detti una normativa più adeguata ai tempi.

Grazie per l'attenzione.

Come rafforzare il ruolo della Corte Penale Internazionale

Intervento del dott. G. Roberto BELLELLI

Presidente del Tribunale Militare di Sorveglianza alla

Conferenza sul ventesimo anniversario dello

Statuto di Roma istitutivo della Corte Penale Internazionale

I. INTRODUZIONE

1. Preliminarmente, voglio ringraziare gli organizzatori della celebrazione di questo ventennale dell'adozione dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale (CPI): *Parliamentarians for Global Action*, l'*Association International de Droit Pénal* e *Non c'è Pace Senza Giustizia*. I loro sforzi consentono un evento celebrativo che, tenutosi inizialmente a Roma, a seguito dell'entrata in vigore dello Statuto (2002) era transitato a L'Aja.

In questa sala della Protomoteca, che vide aprirsi alla firma lo Statuto il 18 luglio 1998, siamo oggi in numero ristretto, ma senz'altro testimoni della continuità della passione che anima la Corte, oggi attiva in indagini e processi su di un numero significativo di crimini internazionali.

II. L'ATTIVITA' DELLA CPI

2. Per coloro che osservano la CPI dall'esterno e non svolgono un ruolo attivo a sostegno della sua attività, questa appare modesta e poco efficiente. In realtà, per quanto le statistiche possano destare sconcerto di fronte alla drammatica realtà di genocidi, crimini di guerra e contro l'umanità, la CPI sta svolgendo esattamente il lavoro per il quale era stata concepita: una giurisdizione "complementare" (residuale) che interviene soltanto laddove quelle degli Stati - che vantino un criterio di collegamento con i fatti - non possano o non vogliano intervenire.

3. Se questo è vero in termini assoluti, non si può non restare colpiti dai **risultati deludenti** dell'attività giurisdizionale. Infatti, numerosi sono i casi notevoli in cui le indagini non hanno retto al vaglio dell'udienza preliminare

ovvero di quella dibattimentale, oppure le stesse accuse sono state ritirate dalla Procura: 14 processi non sono neppure iniziati perché i sospetti sono latitanti[1] oppure non sono stati consegnati alla CPI;[2] 6 si sono conclusi con assoluzioni,[3] proscioglimenti[4] od archiviazioni;[5] 6 sono pendenti in gradi diversi; 3 si sono conclusi con condanne in primo grado.[6]

Su queste basi statistiche, la critica più diffusa anche tra i sostenitori della CPI è la sua **crisi di produttività** che, se pure condivisibile in termini generali, deve essere verificata nelle sue cause reali.

4. La complessità dell'istituzione e del contesto multilaterale in cui si trova ad operare può essere esaminata alla luce dei seguenti fattori.

A. Il rapporto tra politica e giustizia

5. E' esperienza comune a molte giurisdizioni nazionali la ricorrente tensione tra la libertà dei fini della politica ed i principi di legalità, indipendenza ed uguaglianza che devono informare l'attività giurisdizionale nei regimi democratici.

6. Poiché la CPI è chiamata ad esercitare la propria giurisdizione ove non sussistano le condizioni perché gli Stati possano o vogliano farlo, appare del tutto spiegabile che, in concreto, nella maggior parte delle situazioni emergano delle tensioni che si traducono in un'inefficiente cooperazione nell'attività della Corte.

7. A fronte dei molteplici problemi di natura politica emersi per dare concreta attuazione alle decisioni della CPI (ad es., eseguire mandati di arresto) – tanto da parte degli Stati, quanto del Consiglio di Sicurezza delle N.U. che abbia attivato la giurisdizione della Corte[7] – appare comprensibile la soluzione da taluno prospettata di un rapporto diretto tra le autorità giudiziarie degli Stati ovvero di una sorta di "rete mondiale dei Ministeri della Giustizia".

7.1 A ben vedere, si tratta di un approccio simile a quello progressivamente realizzato per la cooperazione giudiziaria nell'Unione Europea. Tuttavia, la CPI è

---

[1] Omar Hasan Ahmad AL BASHIR (Sudan/Darfur); Mahmoud Mustafa Busayf AL-WERFALLI (Libia); Ali Muhammad ovvero Ali KUSHAYB (Sudan/Darfur); Abdallah BANDA (Sudan/Darfur); Walter Osapiri BARASA (Kenya); Philip Kipkoech BETT (Kenya); Paul GICHERU (Kenya); Ahmad HARUN (Sudan/Darfur); Abdel Raheem Muhammad HUSSEIN (Sudan/Darfur); Joseph KONY (Uganda); Sylvestre MUDACUMURA (Repubblica Democratica del Congo – RDC); Vincent OTTI (Uganda).
[2] Saif Al-Islam GADDAFI (Libia); Simone GBAGBO (Costa d'Avorio).
[3] Jean-Pierre BEMBA Gombo (RCA); Mathieu NGUDJOLO CHUI (RDC).
[4] Abu GARDA (Sudan/Darfur); Callixte MBARUSHIMANA (Repubblica Centrafricana - RCA).
[5] Uhuru Muigai KENYATTA (Kenya); William Samoei RUTO e Joshua Arap SANG (Kenya).
[6] AL MAHADI (Mali); KATANGA (RDC); LUBANGA (RDC).
[7] Risoluzione 1593 del 2005 (Sudan/Darfur) e Risoluzione1970 del 2011 (Libia).

partecipata da Stati appartenenti a sistemi giuridici e politici molto distanti, mentre nell'Unione Europea:

(a) la cooperazione giudiziaria rafforzata è un traguardo che è stato perseguito grazie ad omogeneità di valori, principi e di politiche sostanziali e processuali;

(b) soltanto nell'U.E. è stato introdotto il Mandato Europeo di Arresto;[8]

(c) un quadro omogeneo sul piano giuridico e politico ha consentito di adottare[9] una forte Posizione Comune (2001)[10] sulla CPI e di farla, poi, seguire da un Piano di Azione (2003).[11]

7.2 Inoltre, le difficoltà pratiche per l'esecuzione delle decisioni CPI emergono proprio quando investono i massimi livelli di responsabilità e del potere, in ordinamenti nei quali la concentrazione del potere stesso non può creare ragionevoli aspettative di attuazione indipendente delle decisioni della CPI.[12]

7.3 Infine, il ruolo politico degli Stati e delle diplomazie diventa insostituibile in una prospettiva di rapporti tra sovranità degli Stati, per attuare la cd. *responsibility to protect*, per definire i mandati delle forze di *peace-keeping* delle N.U. in modo che includano il sostegno all'esecuzione dei provvedimenti della CPI e, in definitiva, per le "strategie di arresto" dei latitanti (*infra*).

8. Il tema dei rapporti tra politica e giustizia internazionale deve, comunque, affrontare anche lo stato di **attuazione** dello Statuto negli ordinamenti giuridici degli Stati Parte, ovvero le iniziative legislative e diverse intraprese dai singoli Stati per conformarsi agli obblighi previsti dallo Statuto.

8.1 Al riguardo, l'Italia non è stata la prima ma non può considerarsi neppure l'ultima: nel 1998 volle accelerare il processo di entrata in vigore dello Statuto, scegliendo una "ratifica nuda", ovvero senza norme di attuazione, pur di depositare celermente il proprio strumento di ratifica.[13] Gli sforzi successivi per una legge delega e le molteplici commissioni di studio succedutesi non portarono a risultati legislativi nell'adattamento dell'ordinamento interno a quello dello Statuto prima della legge di cooperazione[14] e, per le norme sostanziali, di una

---

[8] Decisione Quadro 13/6/2002 (art. 2).
[9] In entrambi i casi su iniziativa dell'Italia.
[10] Posizione Comune 2001/443/PESC, dell'11 giugno 2001.
[11] *Action Plan to Follow-Up the Common Position on the International Criminal Court*, 4 febbraio 2004.
[12] Ad es. in Sudan/Darfur.
[13] *Legge 12 luglio 1999, n. 232 recante Ratifica ed esecuzione dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale, con atto finale ed allegati, adottato dalla Conferenza diplomatica delle Nazioni Unite a Roma il 17 luglio 1998. Delega al Governo per l'attuazione dello statuto medesimo (GU Serie Generale n.167 del 19-07-1999 - Suppl. Ordinario n. 135). Lo strumento di ratifica venne depositato il 26 luglio 1999.*
[14] Legge 20/12/2012 n. 237 recante *Norme per l'adeguamento alle disposizioni dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale.*

norma incriminatrice della tortura.[15] Tale situazione lascia inalterati i rischi che nel nostro ordinamento l'offensività dei più gravi crimini internazionali non sia adeguatamente coperta dalle norme incriminatrici[16] e, quindi, che l'Italia sia eventualmente considerata uno Stato che "non possa" perseguire tali reati e debba, eventualmente, essere chiamati ad abdicare la propria giurisdizione in favore di quella complementare della CPI.[17]

B. Il professionalismo

9. Il tema riguarda la **professionalità a tutti i livelli** del personale della CPI: giudici, Procuratore e funzionari dipendenti. Un approccio politico/diplomatico alla selezione delle qualifiche più elevate, infatti, comporta la necessità di ricercare ai livelli inferiori competenze professionali adeguate. Tuttavia, con una certa regolarità vengono anche per i livelli inferiori riprodotte logiche selettive che privilegiano criteri di equilibrio geografico o diverso e che non possono, se non occasionalmente, garantire la disponibilità delle risorse umane adeguate. Appare evidente che - una volta avviata l'istituzione mediante la formazione su queste basi dei suoi ruoli – un miglioramento dei suoi risultati richieda un esercizio innovatore importante. Peraltro, per comprendere come si sia giunti ad una situazione che ciò richieda, occorre brevemente accennare alla formazione della cultura fondante della CPI.

10. L'adozione dello Statuto di Roma nel 1998 fu resa possibile grazie a: le condizioni geo-politiche successive alla dissoluzione dell'Unione Sovietica; una stagione favorevole nella tutela dei diritti umani; il movimento di opinione animato dalle Organizzazioni Non Governative; il ruolo propulsivo delle diplomazie e del mondo accademico. In questa prospettiva, il progetto di una CPI si affermava come strumento di sostegno alla pace ed alla sicurezza internazionale e, quindi, sfuggiva ad un controllo esclusivo da parte dei Ministeri della Giustizia degli Stati, portandolo piuttosto nell'alveo delle attribuzioni dei Ministeri degli Esteri. Queste circostanze consentirono di forgiare uno strumento innovativo di giustizia, capace di rafforzare la legalità internazionale oltre gli

---

[15] Legge 14/7/2017 n. 110.

16 Nel senso che non sia sufficiente che nella legislazione interna degli Stati Parte sia prevista l'incriminazione di condotte che contribuiscano ad integrare un crimine di guerra o contro l'umanità (ad es., lesioni aggravate) R. Bellelli, *The Law of the Statute and its Practice under Review*, in *International Criminal Justice – Law and Practice from the Rome Statute to its Review*, Ashgate - 2010, pp. 20-26 Si tratta di conclusioni consolidate nella giurisprudenza dei Tribunali internazionali penali dove, ad esempio: (1) ICTR Appeals Chamber, *Bagaragaza*, 19/5/2006, paragrafi 16-17, ha escluso la giurisdizione della Norvegia che, in mancanza di una norma incriminatrice del reato di genocidio, avrebbe solo potuto giudicare l'imputato per omicidio; (2) ICTY, Appeal Referral Bench, *Radovan Stanković*, 17/5/2005, *Decision on Referral of a Case Pursuant to Rule 11 bis*, paragrafi *41-42*.

17 La mancata previsione nella legge penale interna di alcuna delle fattispecie incriminatrici dello Statuto determinerebbe una cd. questione di ammissibilità ex art. 17 St. : per il principio di complementarietà, lo Stato potrebbe essere ritenuto "incapace di procedere" (art. 17, 3. St) e la Corte potrebbe affermare la propria giurisdizione sussidiaria (artt. 15 e 18 St.). Cfr. nota 15, *supra*.

strumenti tradizionali[18] ma, al tempo stesso, contribuirono a svincolare la CPI dalle consolidate esperienze delle giurisdizioni penali statuali e, più in generale, delle stesse organizzazioni internazionali e delle giurisdizioni penali internazionali.[19]

11. In altri termini, l'affermarsi di una CPI pienamente **indipendente** dagli Stati e dalle Nazioni Unite contribuì a creare una "cultura del vuoto" ovvero la percezione interna alla stessa CPI di dover necessariamente "inventare l'acqua calda". Spirito innovatore che ha condizionato tanto l'afflusso di risorse umane (che troppo spesso nessuna esperienza avevano di giustizia penale), quanto le aspettative di cooperazione giudiziaria, con richieste che anche nel contesto della cooperazione inter-Statale non potrebbero essere coronate da seguiti positivi.

12. Un'inversione di tendenza sui risultati della CPI dovrebbe, quindi, prendere le mosse da un rinnovamento nelle procedure di reclutamento delle sue risorse umane, che si distacchi dai metodi sin qui seguiti, a cominciare dalle cariche apicali.

13. La **distinzione tra liste A e B** per l'elezione dei giudici, a seconda del curriculum giudiziario (giudici, procuratori o avvocati) ovvero internazionalista (accademici o diplomatici) dei candidati[20] ha portato, di fatto, alla costante composizione della Corte con una minoranza assoluta di giudici con pregresse esperienze processuali penali.

13.1 A differenza delle forme preesistenti di giurisdizioni internazionali permanenti,[21] tuttavia, la CPI tratta esclusivamente di responsabilità penali personali, mentre conosce di trattati e diritto internazionale consuetudinario incidentalmente, in quanto necessario all'interpretazione delle norme penali ovvero per la valutazione delle condotte e del reato circostanziato. Nella conduzione di un processo penale e nella valutazione della prova, tuttavia, è fondamentale la preparazione penalistica del giudice che, sola, può consentire tanto la valutazione della prova testimoniale ed il vaglio delle responsabilità per i fatti contestati, quanto la soluzione bilanciata, spedita ed efficiente delle questioni procedurali che caratterizzano tutti i processi penali.

13.2 In questa prospettiva, sarebbe auspicabile una formazione diversa del giudice della CPI, che si possa conseguire attraverso una delle soluzioni seguenti:

---

[18] Ad es., risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle N.U. e mandati di *peace-keeping*.
[19] Nel 1998, i Tribunali internazionali penali per la ex-Jugoslavia e per il Ruanda (ICTY e ICTR).
[20] Statuto di Roma, art. 36.
[21] Corte Internazionale di Giustizia delle N.U. (CIG); Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (C.E.D.U.); Corte di Giustizia U.E. (CGUE).

(a) **unificazione dei requisiti delle liste A e B**, così da richiedere che tutti i candidati abbiano una provata esperienza processuale penale e, al tempo stesso, una rilevante formazione o/e esperienza internazionalistica. All'evidenza, ciò restringerebbe considerevolmente il numero delle candidature possibili, soprattutto per gli Stati che dispongano di meno risorse potenziali, ma il significativo e ricorrente numero di candidature presentate per le elezioni alla CPI può ridurre l'importanza di questo problema;

(b) **diversa composizione del collegio giudicante** dove, a fianco dei giudici professionali può introdursi un giudice di formazione internazionalista, con conseguente revisione della proporzione dei giudici di lista A e B ovvero affiancamento ai giudici titolari di giudici esperti internazionalisti, secondo uno dei modelli di collegio giudicante misto ampiamente conosciuti nel nostro ordinamento;[22]

(c) **selezione dei candidati nazionali** soltanto attraverso gli organi di auto-governo delle magistrature nazionali, così superando la duplice procedura consentita dallo Statuto;[23]

(d) **candidature nazionali plurime**, da sottoporre ad un organo tecnico per comparazione e selezione di quella ammissibile.[24] Tale soluzione, peraltro, potrebbe limitare la capacità di presentare candidature soltanto agli Stati più "forti" e si presterebbe a proporre candidature "di comodo" intese, in realtà, a presentare un solo candidato accettabile.

13.3 Qualunque delle soluzioni sopra proposte richiederebbe una modifica dell'art. 36 dello Statuto, ma l'importanza del problema – che è a fondamento tanto dell'intera composizione della CPI quanto, di conseguenza, dei risultati per la stessa possibili – dovrebbe consentire ragionevolmente di sostenere l'avvio di un processo di revisione in tal senso. L'approccio molto cauto sin qui seguito sul tema della revisione dello Statuto di Roma tende, infatti, a salvaguardare il compromesso, raggiunto a Roma con la sua adozione, tra ordinamenti molto distanti e per interessi non altrimenti convergenti. Tuttavia, tale compromesso ha avuto ad oggetto le norme penali, le condizioni di esercizio della giurisdizione (criteri di collegamento) ed i rapporti con le N.U. Invece, tutte le norme di organizzazione restano fuori dal compromesso e, quindi, dal rischio che una revisione dello Statuto possa condurre ad un suo stravolgimento.[25]

---

[22] Ad es.: giudici "onorari" nel Tribunale per i minori; componenti "popolari" della Corte di Assise; "Ufficiali militari" o componenti "esperti" nei Tribunali Militari; esperti delle sezioni specializzate agrarie.
[23] Art. 36, 4 (a) : (i) procedura di selezione per i più alti uffici giudiziari; (ii) procedura di selezione dei candidati per la Corte Internazionale di Giustizia (ovvero, mediante i Gruppi Nazionali per la Corte Permanente di Arbitrato).
[24] Su modello, ad es., della terna per la selezione del giudice nazionale nella CEDU.
[25] Sul tema, ampiamente R. Bellelli, *The Law of the Statute and its Practice under Review*, in *International Criminal Justice – Law and Practice from the Rome Statute to its Review*, Ashgate - 2010, pp. 391-399.

14. Analoga soluzione dovrebbe ricercarsi per la nomina del Procuratore e per il suo Vice, privilegiando una valutazione di merito sulle esperienze pregresse. Per i funzionari della CPI, invece, dovrebbe essere adottato il più semplice e verificabile requisito di aver effettivamente svolto - in una giurisdizione penale nazionale od altra internazionale - attività omogenea alle funzioni disponibili nella CPI.

C. La conservazione della prova

15. Direttamente conseguente al tema del professionalismo può considerarsi l'approccio che la Corte ha avuto rispetto alla conservazione della prova. Evidenti sono i problemi comuni che pone l'accertamento dei crimini rientranti nella giurisdizione della CPI rispetto ai reati associativi, in particolare quelli di criminalità organizzata di stampo mafioso. Indagare soggetti al vertice del potere in strutture statali od in organizzazioni militari caratterizzate da una forte concentrazione del potere pone sicuri problemi tanto nell'acquisizione della prova quanto nella conservazione della stessa, soprattutto nei tempi non brevi che intercorrono tra l'avvio di un'indagine e la celebrazione del processo. Per tale motivo lo Statuto di Roma – soprattutto grazie all'esperienza maturata nel processo penale italiano con l'incidente probatorio[26] - ha previsto la possibilità di acquisizione anticipata della prova testimoniale davanti alla Camera Preliminare, su iniziativa della Procura ovvero di ufficio.[27]

16. Nonostante le drammatiche esperienze negative maturate anche nei Tribunali internazionali,[28] tuttavia, per oltre 15 anni la CPI si è astenuta dal considerare l'assunzione di testi potenzialmente a rischio prima del dibattimento, così dovendo ampiamente ricorrere al ben più pesante approccio della protezione personale, di esito quantomai incerto nelle situazioni geo-politiche in questione.

D. Le strategie di arresto dei latitanti

17. Lo Statuto di Roma non consente la procedibilità in contumacia, richiedendo che il processo si svolga in presenza dell'imputato.[29] Tuttavia, sin dall'avvio dell'attività della CPI, il numero degli indagati che si sottraggono ai suoi

---

[26] Art. 392 c.p.p.
[27] Art. 56 St.
[28] ICTY, *Ramush HARADINAJ* + 2, Judgement 3/4/2008, con cui Haradinaj – già Comandante dell'Esercito di Liberazione del Kosovo (KLA) ed imputato di associazione per delinquere al fine di commettere torture, deportazioni, omicidi, violenze sessuali ed altro ai danni della popolazione serba - veniva assolto. Tuttavia, il Tribunale dava atto di aver trovato significative difficoltà nell'acquisire le deposizioni di numerosi testimoni, a causa dei timori dagli stessi espressi, anche nel rifiutarsi di comparire. Haradinajhttp://www.icty.org/x/cases/haradinaj/tjug/en/080403.pdf.
[29] Art. 63, 1: "L'imputato deve essere presente durante il processo".

mandati di arresto è stato particolarmente significativo e, attualmente, vi sono 14 latitanti.[30]

18. Poiché la possibilità della Corte di adempiere il suo mandato dipende, quindi, in primo luogo dalla cattura dei latitanti, l'Assemblea degli Stati Parte (ASP), nelle sessioni di seguito indicate ha cercato di migliorare le prospettive di cattura mettendo in atto le seguenti azioni:

- ASP/12 (2013) – adottava l'iniziativa dell'Italia, contenuta in un *Concept Paper* ed una *Roadmap*, designando questo relatore come *Rapporteur* sul tema;[31]
- ASP/13 (2014) – il *Rapporteur* presentava un articolato *Report* (contenente le prassi ragionate delle varie giurisdizioni nazionali ed internazionali) corredato da un *Action Plan*.[32] Taluni Stati, tuttavia, chiedevano una riduzione delle misure previste e, per tale motivo, il mandato veniva prorogato di un anno;[33]
- ASP/14 (2015) – il *Rapporteur* presentava un nuovo *Report* corredato da un *Consolidated Action Plan*, in cui venivano eliminate alcune misure, pur dal *Rapporteur* considerate qualificanti.[34] Tuttavia, un numero limitato di Stati ottenne un ulteriore rinvio della decisione;[35]
- ASP/15 (2016) - rinnovava la scelta di continuare ad esaminare gli stessi documenti del 2015;[36]
- ASP/16 (2017) – giungeva alle medesime conclusioni dilatorie.[37]

19. In altri termini, dopo aver identificato il problema nel 2013, in oltre 5 anni gli Stati Parte non sono riusciti ad adottare una linea comune per una soluzione che consenta alla CPI di celebrare i processi che abbia istruito. Ciò, nonostante l'ampiezza dell'analisi e la chiarezza delle azioni necessarie alla cattura dei latitanti, dimostratesi proficue tanto nelle giurisdizioni nazionali quanto in quelle internazionali.

---

[30] AL BASHIR (Sudan/Darfur), dal 4.3.2009; AL-WERFALLI (Lybia) dal 15.8.2017; ALI KUSHAYB (Sudan/Darfur), dal 27.4.2007; Abdallah BANDA (Sudan/Darfur), dal 27.8.2009; W.O. BARASA (Kenya), dal 2.8.2013; P. K. BETT (Kenya), dal 10.3.2015; Saif Al-Islam GADDAFI (Lybia), dal 27.6.2011;Simone GBAGBO (Costa d'Avorio) dal 29.2.2012; Paul GICHERU (Kenya) dal 10.3.2015; Ahmad HARUN (Sudan/Darfur), dal 27.4.2007; A. R. M. HUSSEIN (Sudan/Darfur) dal 1.3.2012; Joseph KONY (Uganda), dal 8.7.2005; Sylvestre MUDACUMURA (RDC) dal 27.8.2009; Vincent OTTI (Uganda), dal 8.7.2005.

[31] ICC-ASP/12/Res. 3, paragrafi 2-5 nonché Annex IV; *Arrest strategies: roadmap and concept paper.*

[32] ICC-ASP/13/29/Add. 1, pagine 62. Il metodo di lavoro si era articolato in: (1) Questionario agli Stati; (2) Blueprint per Tribunali Internazionali; (3) Interviste con funzionari Stati e delle OOII; (4) Seminari di Law Enforcement (ENFAST); (5) Consultazione Accademia e NGOs; (6) acquisizione di documenti riservati; (7) valutazione delle Prassi dei Tribunali Internazionali; (8) fonti pubbliche (Web, pubblicazioni, articoli specialistici).

[33] ICC-ASP/13/Res. 3, paragrafi 1-4.

[34] Introduzione di limiti edittali minimi e massimi; benefici premiali per i concorrenti che si dissociassero; attenuanti e scriminanti; agevolazione nel trasferimento dei condannati; condizionalità (sanzioni sul modello di quelle introdotte per ottenere la cooperazione degli Stati nella ex-Jugoslavia); possibilità per le forze di *Peace-Keeping* di eseguire i mandati di arresto; misure di isolamento politico dei latitanti.

[35] ICC-ASP/14/Res. 3, paragrafi 1-4.

[36] ICC-ASP/15/Res. 3, paragrafi 1-4.

[37] ICC-ASP/16/Res. 2, paragrafi 1-4.

20. Mentre gli sforzi collettivi a sostegno della CPI dimostrano che non può esserci una volontà condivisa di assicurare l'impunità ai ricercati dalla Corte, è bensì vero che la necessità di un consenso politico-diplomatico a sostegno della stessa agisca da fattore impeditivo per l'esecuzione delle sue decisioni. Si tratta, peraltro, di una questione che può trovare esclusivamente una soluzione politica attraverso un equilibrio tra le esigenze della pace e sicurezza internazionale e quelle della sovranità degli Stati.

III. CONCLUSIONI

21. Il quadro sopra delineato è quello di un'istituzione che, giudiziaria in natura, deve seguire anche le regole della politica multilaterale. Il miglioramento dell'azione e dei risultati della CPI richiedono, perciò, un rafforzamento del sostegno politico alla sua funzione e della sua credibilità, mediante atti e decisioni che traggano valore e forza dal patrimonio di esperienze di settore, di cui la comunità internazionale è ricca.

22. Se il livello di frustrazione che sembra accompagnare oggi la CPI sarà sufficientemente compreso - evitando la facile tentazione di abbandonare la Corte a se stessa – i cambiamenti necessari a migliorarne i risultati dovranno passare senz'altro per iniziative riformatrici degli Stati, con il sostegno costruttivo di tutti gli attori.

La giurisdizione condizionata amministrativa in materia militare: ancora un nodo gordiano – riflessioni a margine di Cons. St. sent. 880/2018

Administrative conditional jurisdiction in the military: a Gordian knot yet - commentary on State Council Jdg. 880/2018

di Saverio Setti[1]

ABSTRACT. Il ricorso alla giurisdizione condizionata, pur disposto in molti settori del diritto, ha faticato a trovare una piena cittadinanza costituzionale, delineandosi come figura il cui perimetro è stato scolpito dalla Corte costituzionale a colpi di sentenza. Ancorché, infatti, non si dubitasse più circa la legittimità del condizionamento, permanevano profonde divisioni e contrasti applicativi in ambito militare. Da un lato, infatti, la Corte costituzionale ha ritenuto questo strumento una sola condizione di procedibilità senza rilievo disciplinare, mentre il Consiglio di Stato lo interpretava come disposizione regolamentare con effetti disciplinari, ma senza implicazioni di natura processuale. Il contrasto giurisprudenziale pare, però, sopito dalla pronuncia in commento.

The use of conditional jurisdiction, although disposed in many areas of law, has struggled to find full constitutional citizenship in Italy, delineating itself as a figure whose perimeter has been carved by the Constitutional court sentence by sentence. In fact, even if there were no longer any doubts about the constitutional legitimacy of conditional jurisdiction, there has been deep divisions and application contrasts in the military sphere. On the one hand, in fact, the Constitutional Court considered this instrument to be just a condition precedent for legal proceedings without disciplinary relevance, while the Italian State Council interpreted it as military regulation rule with disciplinary effects, but without procedural implications. However, the jurisprudential contrast seems to have been suppressed by the judgment in comment.

1. La giurisdizione condizionata: una figura discussa. 2.La giurisdizione condizionata in ambito disciplinare militare: la posizione della Corte costituzionale 3. L'ondivaga interpretazione del Consiglio di Stato. 4. Riflessioni conclusive.

Massima: *Il militare che intenda sindacare in sede giurisdizionale amministrativa il provvedimento disciplinare di cui è destinatario è onerato dal preventivo esperimento del ricorso gerarchico. Il mancato adempimento dell'onere non comporta una violazione disciplinare, ma una inammissibilità dell'azione giurisdizionale.*

1. La giurisdizione condizionata: una figura discussa.

Per *giurisdizione condizionata* la dottrina intende l'accesso alla tutela giurisdizionale che risulti subordinato al previo compimento di una certa attività[2], ad es. l'esperimento di un ricorso in via amministrativa[3]. Trattasi di ipotesi in cui l'azione giurisdizionale è procedibile solo in seguito alla

[1] Capitano dell'Esercito laureato in Scienze Strategiche, in Relazioni Internazionali ed in Giurisprudenza.

[2] P. LUISO, Istituzioni di diritto processuale civile, Torino, 2018, 23.

[3] A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, 100 e A. TRAVI, voce *I ricorsi amministrativi*, in *Digesto di diritto pubblico*, Milano, 391. Per altre definizioni, dal tenore sostanzialmente coincidente, si vedano L.P.

proposizione ed alla conseguente decisione, sia essa espressa o silente, di un ricorso amministrativo, condizione, questa, che pone un ostacolo ad adire immediatamente il giudice. Pertanto, la tutela giurisdizionale è condizionata al compimento dell'attività prescritta dal legislatore.

Disporre una condizione per l'accesso alla giurisdizione pone due problemi fondamentali: il primo con riferimento alla subordinazione di una azione processuale ad un adempimento estraneo al processo, ovvero al ricorso, ed il secondo con riferimento alla esclusione della immediatezza della tutela giurisdizionale.

Dispone, infatti, l'art. 24, c. 1 Cost. che «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi», con la sola limitazione nei confronti degli incapaci[4]. Ragion per cui, in questo senso, si è soliti parlare di un generico e globale diritto alla tutela giurisdizionale[5], con riferimento all'intera serie delle situazioni giuridiche processuali facenti capo al soggetto che richiede la tutela del giudice ed ai relativi atti che realizzano l'intero processo. Il diritto al processo è, allora, incluso «nella figura generale del diritto soggettivo in senso tecnico»[6], implicando che l'agire o il resistere in giudizio costituisce l'esercizio di un diritto[7].

Qualunque sia la posizione teorica che si voglia sostenere, entrambe conducono alla logica conseguenza, sostenuta dalla dottrina, che l'esistenza di una situazione soggettiva, sia essa diritto soggettivo o interesse legittimo, in capo ad un soggetto implica che questa deve poter essere immediatamente azionabile (via primaria o secondaria[8]). Posto che la situazione sostanziale già esiste in capo a chi chiede la tutela[9], il suo conseguimento deve avvenire il prima possibile, onde evitare che la situazione garantita subisca delle restrizioni ingiustificate.

COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, 309, N. TROCKER, *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974, 235, M. LAURIENZO, *Giurisdizione condizionata e garanzia costituzionale dell'azione*, in *Riv. amm. della Repub. It.,* 1995, 1045 e V. G. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa,* in *Enc. dir.*, XIX, 1970, 285.

4 In sostituzione dei quali apposite norme processuali conferiscono il potere di proporre le domande giudiziali ai loro rappresentanti legali.

5 Nella pronuncia che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'arbitrato obbligatorio, la Corte cost. ha chiarito che l'espressione "agire in giudizio" di cui all'art. 24 intende riferirsi non a qualunque forma di tutela, ma alla sola tutela giurisdizionale, cfr. sent. 221/2005. Sul punto concordava anche la dottrina, assai critica sull'obbligatorietà del ricorso all'arbitrato che, di fatto, crea nuove figure di giudici speciali, vietate dall'art. 102, c. 2 Cost., cfr. S. LA CHINA, *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, Milano, 2011, 4 – 5. Diverso è il caso del tentativo obbligatorio di mediazione in sede civile di cui al d.lgs. 28/2010, che, a seguito di Corte cost., sent. 272/2012 e delle modifiche di cui al d.l. 69/2013, è divenuto una condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Questo strumento non è costituzionalmente illegittimo, poiché il conciliatore, in caso di fallimento della mediazione, non provvede a decidere la vertenza, non assumendo, di conseguenza, le sembianze di un giudice e lasciando libere le parti di accedere alla giurisdizione.

6 C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, Torino, 2015, 28.

7 La dottrina processualistica tende a dividersi tra chi considera il rapporto tra ordinamento e giurisdizione in senso "statico" e chi in senso "dinamico". Per G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, ristampa, Napoli, 1982, 21, «il processo serve non già a rendere concreta la volontà della legge, poiché questa volontà si è già formata come volontà concreta anteriore al processo, ma ad accertare quale sia la volontà di legge ed attuarla». Di converso, la ricostruzione dinamica proposta in S. SATTA, C. PUNZI, *Diritto processuale civile,* Padova, 2000, 11 ritiene che «l'ordinamento non vive nell'astratto, bensì nel concreto, e questa concretezza trova ad ogni istante nell'azione umana che ad esso si adegua, e in quanto si adegua. Di qui l'inscindibilità assoluta dell'ordinamento dall'azione, più semplicemente unità dell'ordinamento, perché se è vero che l'ordinamento senza azione è mero *flatus vocis*, non è meno vero che l'azione senza ordinamento è puro fatto, privo di ogni rilevanza».

8 Svolgendo l'attività giurisdizionale gli organi ad essa preposti «si sostituiscono a coloro che avrebbero dovuto tenere il comportamento previsto dalle norme sostanziali in via primaria, per attuare in via secondaria quella medesima protezione di interessi che stava alla base in via primaria della norma sostanziale. In questo modo il diritto processuale, quale disciplina (attraverso la valutazione dei comportamenti) dell'attività (giurisdizionale) dei soggetti del processo, realizza indirettamente ed in via sostitutiva quella medesima protezione di interessi che sta alla base del diritto sostanziale», C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Corso*, cit., 7. Cfr. anche F. CARPI, *Osservazioni sulla giurisdizione in materia di risarcimento del fatto illecito*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 1217, A. CARRATTA, *La «funzione sociale» del processo civile, fra XX e XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, 579, S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, 297 e A. SEGNI, *Giurisdizione (in generale)*, in *Nss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, 985.

9 La Corte cost., sul punto, ha notato che «il potere di esperimento dell'azione giudiziaria, quale è garantito dall'art. 24 Cost., ha a suo presupposto il possesso in chi l'esercita della titolarità di un diritto o di un interesse legittimo, cioè di

Questa ricostruzione non era, però, pienamente accolta dalla Corte costituzionale, che già a metà degli anni Sessanta, ha avuto modo di argomentare che l'art. 24 Cost. «non impone una correlazione assoluta tra il sorgere del diritto e la sua azionabilità quando ricorrano esigenze di ordine generale[10] e superiori finalità di giustizia»[11]. Sussistendo dette circostanze, prosegue la Corte, il legislatore è tenuto ad osservare il solo limite imposto dall'esigenza di non rendere la tutela giurisdizionale eccessivamente difficoltosa ovvero di non differirla irrazionalmente o *sine die*»[12]. In sostanza, ciò significa che l'art. 24 non ricomprende un diritto di piena immediatezza dell'azione giurisdizionale, quanto piuttosto, in combinato con il disposto dell'art. 113, c. 1 Cost., una garanzia di indefettibilità dell'azione.

La posizione della Corte si è, però, irrigidita nei primi anni Novanta, vagliando con severità sempre crescente alcuni istituti condizionanti l'accesso alla giurisdizione, per violazione dell'art. 24[13]. Infine la posizione pare essersi assestata per la compatibilità delle disposizioni che richiedono l'esperimento di forme di tutela stragiudiziali (*rectius* pregiudiziali), a pena di mera improcedibilità dell'azione giurisdizionale[14], potendosi escludere che il mancato esperimento dello strumento condizionante sia condizione di ammissibilità del ricorso giurisdizionale[15]. L'accesso alla giurisdizione resta un diritto soggettivo, ma è ora riconosciuta la costituzionale legittimità dell'onere, quale condizione per adire la giurisdizione[16], a determinate condizioni.

In primo luogo oggetto del condizionamento può essere solo l'azione di cognizione e non anche quella cautelare, nella considerazione del fatto che la situazione soggettiva deve poter essere posta al riparo da eventuali pregiudizi[17].

In secondo luogo, lo strumento da esperire, che deve essere disposto con norma ordinaria[18],

---

una situazione giuridica subiettiva di vantaggio, di carattere sostanziale, il cui riconoscimento, in caso di controversia sia posto ad oggetto della pretesa fatta valere in giudizio», sent. 7/1962.

10 Esigenze di ordine generale poi ricordate nella sent. 233/1996.

11 Corte cost., sent. 47/1964.

12 In commento a questa sentenza C. ESPOSITO, *Sulla tutela giurisdizionale condizionata ai tempestivi ricorsi amministrativi,* in *Giur. cost.*, 1964, p. 590 e ss., riteneva costituzionalmente compatibili norme che, in determinati casi e per motivi ragionevoli, subordinassero l'esercizio dell'azione giudiziaria all'esperimento del rimedio amministrativo giustiziale.

13 Così fu colpita da declaratoria di incostituzionalità la necessità di presentare: i ricorsi amministrativi per l'accesso alla Corte dei Conti in materia previdenziale (sent. n. 530/1989), i ricorsi amministrativi prodromici all'esercizio dell'azione risarcitoria contro l'amministrazione postale per lo smarrimento dei plichi (sent. 15/1991), i ricorsi interni per l'accesso al Tribunale superiore delle acque (sent. 42/1991), i ricorsi amministrativi tributari per accedere al giudice civile (sent. 406/1993 e sent. 62/1998) e i ricorsi al Prefetto per accedere al giudice in materia di sanzioni per circolazione stradale (sent. 255/1994).

14 Corte cost. sent. 82/1992.

15 Cfr. E. RAGANELLA, L. VALLA, *La tutela giustiziale*, in F. CARINGELLA, R. GAROFOLI, *Trattato di giustizia amministrativa*, vol. VII, Milano, 2007, 97, nota 117.

16 Più propriamente, la situazione soggettiva è qualificabile come un obbligo potestativo, giacché in essa sono riassunte le caratteristiche sia dell'obbligo, poiché si è tenuti ad un certo comportamento, che del diritto potestativo, perché la produzione degli effetti dipende soltanto dal titolare della situazione.

17 Corte cost., sent. 276/2000 e Trib. Nola, 3 giugno 2011 in *De Jure,* Milano, 2011. Concorde è la dottrina, per cui «la ragionevolezza del condizionamento dell'azione dipende anche dalla circostanza che questo non si risolva nell'esclusione della tutela cautelare in via giurisdizionale (nel senso di procrastinare il ricorso ad un momento in cui essa non sia più in grado di assolvere la propria funzione). […] nel nostro ordinamento esiste una regola di ordine sistematico, secondo la quale la giurisdizione condizionata si esaurisce in oneri o limiti che possono riguardare la cognizione ma mai la cautela; con l'ulteriore corollario che cogni forma di condizionamento al diritto di azione, che si estenda anche alla tutela cautelare, è da ritenersi illegittimo, concretandosi in una violazione della garanzia del diritto di azione consacrato dall'art. 24 Cost.», cfr. V. VULLO, *Sulla sospensione* ex *art 700 c.p.c. della pubblicazione del protesto cambiario e sui rapporti tra giurisdizione condizionata e tutela cautelare,* in *Giur. It.*, 2002, 536.

18 «Di stretta interpretazione», cfr. Corte cost., sent. 15/1991.

non deve rendere l'accesso al giudice eccessivamente gravoso in termini di costi[19], di attività da svolgere[20] e di tempi, posto che la tutela giurisdizionale può essere, al limite, ragionevolmente procrastinata[21]. *Ratione temporis* è bene sottolineare che la legittimità del condizionamento dipende dalla possibilità che questo consenta una decisione sul merito[22]: deve esservi interruzione dei termini prescrizionali e di decadenza.

In terzo luogo, lo strumento preventivo deve essere finalisticamente orientato al miglior funzionamento dell'apparato giurisdizionale. Il condizionamento deve essere orientato ad una finalità endoprocessuale[23] al fine di inserirsi linearmente in un sistema composito di tutele[24], giustificato da obiettivi interessi sociali[25] e per superiori finalità di giustizia[26]. Pertanto lo strumento condizionante, quale che sia il suo risultato, deve lasciare libertà di accesso alla fase *apud iudicem*: il mancato compimento dello strumento pregiudiziale (sia perché esso non è iniziato o perché non si è concluso) non

---

19 Corte cost., sent. 113/1963, in *Giur. cost.*, 1963, 1047.

20 In merito la Corte cost. ha precisato che l'art. 24 «non impone che il cittadino possa conseguire la tutela giurisdizionale sempre e nello stesso modo e con i medesimi effetti, e non vieta quindi che la legge possa subordinare l'esercizio dei diritti a controllo o condizioni, purché non vengano imposti oneri tali o non vengano prescritte modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell'attività processuale» (sent. 73/1998).

21 Corte cost., sent. 56/1995. Sul punto cfr. G. ARMONE, *La mediazione civile: il procedimento, la competenza, la proposta*, in *Le società*, 2010, 627 secondo cui non sarebbero del tutto chiari i criteri utilizzati dalla Corte per distinguere tra le diverse ipotesi di filtri di accesso: a suo dire, le distinzioni usate dalla Corte assomiglierebbero a "paralogismi", funzionali a mantenere in capo alla Corte un ampio margine di discrezionalità.
Naturalmente i termini di cui sopra sono assoggettati alla disciplina di cui all'art. 111, c. 2 Cost., in forza della quale la legge deve assicurare la ragionevole durata del processo. Dunque i problemi maggiori sorgono nel momento in cui tra il termine del procedimento condizionante e il momento preclusivo per la presentazione della domanda giudiziale vi sia un termine perentorio (dunque decadenziale) assai breve. In linea di principio la giurisprudenza e la dottrina concordano nel ritenere che detti termini perentori siano costituzionalmente compatibili solo se sussistono i requisiti della riserva di legge, della ragionevolezza del termine, della sua congruità con *petitum*, *causa petendi* e natura del procedimento condizionante e della effettiva conoscibilità del momento della loro decorrenza. Sul punto cfr., in dottrina: P. LASCARO, *Il termine "ragionevole" nella esperienza giurisprudenziale*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 140, A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, 20, I. ANDOLINA, G. VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, Torino, 1997, 80; in giurisprudenza: Corte cost., sent. 144/1996 e sent. 69/1994.

22 A. NASCOSI, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nella controversie di lavoro*, Milano, 2007, p. 123.

23 La Corte cost. (sent. 97/1973) ha affermato che sono legittimi gli oneri diretti ad evitare abusi del diritto alla tutela giurisdizionale, finalizzati a indirizzare l'attore verso un maturo apprezzamento della fondatezza della pretesa, compiuto alla stregua delle risultanze emerse in un procedimento preliminare. Illegittima è, invece, ad es., la norma che imponga, come condizione di accesso alla tutela, il soddisfacimento di oneri tributari diversi da quelli richiesti per la celebrazione del processo, questo perché un siffatto onere ha finalità esterne al processo, ancorché legittime ed apprezzabili. Cfr. P. CALAMANDREI, *Il processo civile sotto l'incubo fiscale*, in *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1965, 243, G. SCARSELLI, *Limiti al diritto di azione e interventi della Corte costituzionale nel processo civile*, in *Foro it.*, 1987, vol. I, 697, A. PIZZORUSSO, *garanzia costituzionale dell'azione*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, vol. VIII, Torino, 1992, 613 e S. SATTA, *Incostituzionalità delle cautio pro expensis*, in *Giur. cost.*, 1960, 1195.

24 La dottrina ha parlato, in merito, di "economia giudiziaria in senso tecnico", ma anche di "economia giudiziaria in senso monetario", a favore dello Stato e, in seconda battuta, anche delle parti private, cfr. V. COMOGLIO, *Premesse ad uno studio sul principio di economia processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 584.

25 Corte cost., sent. 251/2003.

26 Corte cost., sent. 406/1993.

deve portare ad una irricevibilità o ad una inammissibilità della domanda giudiziale[27], quanto piuttosto ad una improcedibilità[28] della stessa[29]. Se, quindi, l'azione è proposta senza aver prima esperito lo strumento condizionante, il giudice non potrà respingere la domanda, ma deve sospendere il giudizio ed assegnare all'attore un termine per dare corso all'adempimento omesso; la parte, nel termine assegnato, può attivare lo strumento e, una volta esauritosi questa fare preprocessuale, il giudizio, se il caso, può riprendere[30].

Infine gli effetti sostanziali prodotti dallo strumento condizionante devono essere i medesimi ottenibili con la domanda giudiziale[31]: la vera deflazione dell'attività giurisdizionale avviene nel momento in cui lo strumento condizionante sia in grado di garantire una tutela avente risultati equipollenti sulla situazione sostanziale in questione rispetto a quelli che si sarebbero nel merito ottenuti proponendo azione giurisdizionale con equipollenti *petitum* e *causa petendi*.

In sintesi, ove gli interessi che la giurisdizione condizionata intende perseguire risultino conformi alla trama costituzionale, ove lo strumento condizionante sia proporzionato, coerente ed adeguato alle situazioni soggettive in questione, ove il tempo di attesa intercorrente tra l'attivazione dello strumento "filtro" ed il primo atto del processo sia ragionevole e non pregiudichi la situazione sostanziali da tutelare, ove le parti, infine, possano liberamente accedere al giudice, perché il risultato che lo strumento riflette sul diritto lascia intatta la facoltà di ulteriormente ricorrere, il diritto alla tutela giurisdizionale non pare possa dirsi leso o svuotato di contenuto[32].

2. La giurisdizione condizionata in ambito disciplinare militare: la posizione della Corte costituzionale.

Una tipica, e discussa, ipotesi di giurisdizione condizionata esiste in ambito disciplinare militare. Dispone, infatti, l'art. 1363, c. 2 del d.lgs. 66/2010 che «avverso le sanzioni disciplinari di corpo[33] non è ammesso ricorso giurisdizionale o ricorso straordinario al Presidente della Repubblica se prima non è stato esperito ricorso gerarchico o sono trascorsi novanta giorni dalla data di presentazione del ricorso», ferma restando, ai sensi del c. successivo, la «facoltà del militare di presentare

---

27 Ipotesi in cui mancano i presupposti per la proposizione della domanda, dunque la situazione è insanabile (ad es. è il caso di domanda proposta in carenza di legittimazione, ovvero proposta oltre un termine decadenziale).

28 Ipotesi in cui vi è un difetto di attività preliminari necessarie a giungere ad una pronuncia sul merito: l'improcedibilità si pone come una *species* del *genus* inattività, oggettivamente limitata alla fase introduttiva e qualificata dalla specialità della sanzione: la non riproponibilità della domanda dichiarata improcedibile, che comporta l'estinzione del potere di impugnazione.

29 «Il condizionamento posto all'esercizio del diritto di azione […] deve ritenersi giustificato, secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza della Corte dall'esigenza di evitare abusi od eccessi, o salvaguardare interessi generali. Il tentativo di conciliazione è infatti prescritto non a pena di improponibilità, ma solo di improcedibilità», cfr. Corte cost., sent. 82/1992.

30 A. TRAVI, *Lezioni,* cit., p. 101 – 102.

31 F.P. LUISO, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, 1587 e A.M. MARZOCCO, *Le controversie in materia di comunicazioni elettroniche. Contributo allo studio della giurisdizione condizionata*, Roma, 2012, cap. I, § 6 e A. NASCOSI, *Il tentativo,* cit., 129.

32 A. GIOVANNINI, *Giurisdizione tributaria condizionata e reclamo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2012, 918, F. SAITTA, *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 581.
In punto di giurisprudenza sovraordinata, la Corte di Giustizia dell'Unione ha ritenuto che una procedura di mediazione obbligatoria quale condizione di procedibilità per l'azione giurisdizionale fosse conforme ai trattati (cfr. sent. 18 marzo 2010, cause riunite C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08 in www.curia.europa.eu). Nella successiva sent. 13 luglio 2012, causa C.492/11, la Corte ha precisato che queste misure di filtro sono «giustificate dal fatto che esse realizzano legittimi obiettivi di interesse generale, tra cui quello della composizione più rapida delle controversie, che è fissato specificatamente nell'interesse delle parti»; per i giudici europei, l'obbligo di esperimento di un rimedio condizionante l'accesso al giudice è «una misura idonea e non manifestamente sproporzionata» a perseguire taluni obiettivi, quali la riduzione dei tempi processuali, la diminuzione del contenzioso ed il miglioramento dell'efficienza dell'amministrazione pubblica. In ultimo si veda la pronuncia della Corte di Giustizia UE, sez. I, 14 giugno 2017, C-75/16, in www.curia.europa.eu.

33 «Le sanzioni disciplinari di corpo consistono nel richiamo, nel rimprovero, nella consegna e nella consegna di rigore», ai sensi dell'art. 1358, c. 1 del d.lgs. 66/2010.

[…] istanze tendenti a ottenere il riesame di sanzioni disciplinari di corpo». Pertanto la presentazione del ricorso gerarchico costituisce una condizione per l'accesso alla giurisdizione amministrativa[34].

Si tratta di una disposizione che ha sempre connaturato l'*iter* strutturale del riesame delle sanzioni militari di corpo, essendo stata testualmente ripresa dall'art. 16 della previgente l. 382/1978, recante le norme di principio sulla disciplina militare.

La compatibilità costituzionale di questa condizione di procedibilità è stata vagliata due volte dalla Consulta, che ne ha, in entrambe le occasioni, dichiarato la costituzionalità.

Nel 1997, il T.A.R. della Liguria solleva la questione di legittimità[35], ritenendo l'art. 16 della l. 382/1978 in contrasto con:

i. l'art. 3 Cost., a causa della disparità di trattamento esistente tra personale militare e gli altri pubblici dipendenti, i quali potevano scegliere di impugnare le sanzioni disciplinari direttamente avanti al giudice, senza essere assoggettati all'obbligo di preventivo ricorso gerarchico;
ii. gli artt. 24 e 113 Cost., perché veniva impedito al militare di perseguire la tutela delle proprie posizioni soggettive in materia disciplinare in modo pieno e libero da condizionamenti gerarchici.

La Corte cost., con sent. 113/1997, dichiara l'infondatezza della questione di legittimità.

In ordine alla prima censura, la Corte conferma il constante orientamento[36] - [37] secondo cui la peculiarità dello *status* di militare[38] rende inappropriato il riferimento, in termini di *tertium comparationis*, alle regole generali dettate per il pubblico impiego: come ribadito in una precedente pronuncia, non può «venire in considerazione la prospettata violazione del principio di uguaglianza, stante la peculiarità della situazione propria del cittadino inserito nell'ordinamento militare - alle cui specifiche regole egli non può non sottostare - rispetto a quella dei comuni cittadini»[39]. In relazione a detta particolarità, la Corte ritiene non irrazionale l'opzione legislativa di consentire l'accesso alla giurisdizione dopo l'esperimento del ricorso gerarchico, poiché trattasi di condizione di procedibilità diretta a perseguire, anche in tempo di pace, l'ordinato svolgimento del servizio.

Parimenti la Corte non ritiene di valutare positivamente la seconda censura.

Come ricordato, infatti, la Consulta più volte si è espressa per la legittimità dell'assoggettamento dell'azione giurisdizionale all'onere del previo esperimento di un rimedio amministrativo, se giustificato da esigenze di carattere generale e dall'opportunità di un uso in concreto eccessivo del diritto alla difesa, «tanto più ove l'adempimento, lungi dal costituire uno svantaggio per il titolare della pretesa, rappresenti il modo di soddisfazione della posizione sostanziale più pronto e meno oneroso»[40]. Proprio facendo leva sul maggiore vantaggio, la Corte nota che l'onere di proporre preventivamente il ricorso gerarchico consente al militare non solo di cercare di "chiudere la questione" nella

---

[34] Le sanzioni disciplinari in ambito militare sono irrogate con provvedimento amministrativo ed hanno un oggetto che rientra nella materia del pubblico impiego non privatizzato, dunque la giurisdizione spetta al g.a. ai sensi degli artt. 7 e 133, c. 1 *sub i)* del c.p.a. e art. 3, c. 1 del d.lgs. 165/01.
Interessante è notare che, in questo articolo 1363, c. 2, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è considerato sullo stesso livello della tutela giurisdizionale amministrativa, con riferimento alla condizione di procedibilità.

[35] Ord. n. 457 dell'11 gennaio 1996, pubblicata in G.U. 21/1996.

[36] Cfr. ordinanze n. 82/1994 e n. 397/1987.

[37] L'orientamento è stato mantenuto in tutte le pronunce successive, tra cui si segnalano la sent. 499/1999 (sulla legittimità del divieto di sciopero nei confronti dei militari), la sent. 126/1985 (sulla rappresentanza militare) e la sent. 120/2018 (che riconosce agli appartenenti alle Forze armate la titolarità di alcuni diritti sindacali, assai limitati proprio in ragione della particolarità dello *status* militare).

[38] Nella relazione alla proposta di legge 382/1978, si evidenzia che senza la stretta sottoposizione del militare al rapporto gerarchico ed alla disciplina militare «sarebbe impossibile strutturare le Forze armate in modo che esse siano in grado di assolvere la funzione fondamentale della difesa della Patria, loro assegnata dalla Costituzione», cfr. Camera dei Deputati, *Relazione alle proposte di legge riunite nn. 407, 526 e 625/A*, VII Legislatura, Atto Camera: 407-526-625-B (Fase *iter* Camera: 2ª lettura, 13 settembre – 20 dicembre 1977), disponibile su http://legislature.camera.it/_dati/leg07/lavori/schedela/trovaschedacamera.asp?pdl=407-B (ultimo accesso: 08 agosto 2018).

[39] Ord. 396/1996.

[40] Cfr. anche sent. 82/1992.

«sede naturale», ma anche gli offre una garanzia più ampia del diritto di difesa, giacché in sede gerarchica egli può dedurre non solo le medesime ragioni in diritto che potrebbe (o potrà poi) proporre in sede giurisdizionale, ma anche ed in aggiunta motivi di pieno merito, come noto esterni alla competenza del giudice amministrativo. Se a ciò si aggiunge che, anche in sede di ricorso pregiudiziale, è fatta salva la facoltà di richiedere la sospensione dell'atto impugnato[41], si può ritenere che la tutela accordata al militare sia piena e completa[42], facendo così salva la condizione consistente nel previo esperimento del ricorso gerarchico, ma non specificando i giudici se l'azione giurisdizionale intrapresa in mancanza di questo sia improcedibile o inammissibile.

Salvato da questa pronuncia, il principio in discorso è stato riproposto in identici termini nel nuovo codice dell'ordinamento militare, all'art. 1363, c. 2.

Queste conferme non hanno, però, sopito i dubbi circa la sua applicazione: perché, si sosteneva, se l'obbligo di presentazione del ricorso pregiudiziale è costituzionalmente compatibile e rientra tra i doveri dei militari, ciò implica che il mancato adempimento comporta una conseguenza di natura processuale, ovvero l'impossibilità di pronuncia sul merito, ma anche di natura disciplinare, con l'applicazione di una sanzione, per violazione di un dovere: quindi un esercizio conforme del diritto di difesa è, astrattamente, idoneo a comportare una duplice reazione negativa da parte dell'ordinamento.

Ebbene, proprio una fattispecie di questo tenore[43] è all'origine di un secondo incidente di costituzionalità, promosso dal T.A.R. del Molise[44], ove si ritiene che il combinato disposto degli artt. 1363, c. 2 e 1352 del d.lgs. 66/2010, rendendo possibile configurare l'illiceità disciplinare dell'esperimento diretto del gravame giurisdizionale senza il previo ricorso gerarchico, che si porrebbe in contrasto con:

i. gli artt. 2, 3 e 24 Cost., a causa sacrificio, ritenuto discriminatorio, imposto al diritto inviolabile dell'accesso alla giurisdizione in nome della disciplina all'esigenza di coesione dei corpi miliari;
ii. l'art. 25 e 28 Cost., poiché la responsabilità dei pubblici dipendenti nasce dalla violazione di un diritto, non già dall'esercizio individuale di un diritto fondamentale;
iii. l'art. 52, c. 3 Cost., non essendo giustificata l'esistenza di una norma di rango primario che violi il diritto fondamentale alla difesa giurisdizionale, al punto da rendere illecito l'impiego diretto dello strumento giurisdizionale che la stessa Costituzione offre a tutti i cittadini.

Ebbene, anche in questo caso la Corte cost., con ord. 322/2013, dichiara l'infondatezza della questione di legittimità.

Prima di passare all'analisi in diritto, i giudici costituzionali hanno notato che una parte della giurisprudenza amministrativa ha continuato a dichiarare inammissibili i ricorsi giurisdizionali non preceduti dal previo esperimento dello strumento condizionante, mentre altra parte ha continuato (contro il *dictum* della Corte cost.) a dichiarare ammissibili detti ricorsi.

Il punto centrale del problema, secondo la Corte cost., data per assodata la costituzionalità della norma già nella sent. 113/1997, è dare di questa una lettura costituzionalmente orientata[45].

---

41 Per il disposto dell'art. 3 del d.P.R. 1199/1971.

42 Si consideri che il superiore, per cui tramite viene presentato il ricorso gerarchico, «deve inoltrarlo sollecitamente senza pareri o commenti all'autorità gerarchica immediatamente superiore a quella che ha inflitto la sanzione di corpo» (allora art. 72 del d.P.R. 545/1986, oggi art. 1366 del d.lgs. 66/2010). Questa situazione in cui il superiore non può allegare alcunché al ricorso, rappresenta una ulteriore garanzia di imparzialità della decisione amministrativa.

43 Nel caso di specie un Sottufficiale dei Carabinieri, si è visto irrogare la sanzione del rimprovero per non essersi presentato, contrariamente a quanto disposto, allo svolgimento delle prove generali di una cerimonia in alta uniforme. Avverso questa sanzione il militare ricorreva al T.A.R. e, per il solo fatto di aver proposto ricorso giurisdizionale senza aver previamente esperito la via gerarchica, ha ricevuto una seconda identica sanzione.

44 Ord. n. 171 del 5 febbraio 2013, pubblicata in G.U. 29/2013.

45 Lettura che è stata dal rimettente omessa, rilevando, la Corte, «la carente utilizzazione dei poteri interpretativi che la legge riconosce al giudice rimettente e la mancata esplorazione di diverse soluzioni ermeneutiche, al fine di far fronte al dubbio di costituzionalità ipotizzato […] integrano omissioni tali da rendere manifestamente inammissibili sia la questione di legittimità costituzionale sollevata in via principale, sia quella proposta in via subordinata».

Ebbene partendo dal presupposto che ai militari spettano (seppur con alcune ragionevoli limitazioni) i diritti che la Costituzione riconosce ai cittadini[46], il diritto alla difesa ed alla tutela dei propri diritti ed interessi legittimi è costituzionalmente garantita all'art. 24 e non subisce limitazioni ad opera del codice dell'ordinamento militare, che anzi garantisce il diritto a presentare istanze e ricorsi avverso le sanzioni disciplinari di corpo[47], subordinandolo all'onere di previa presentazione del ricorso gerarchico. Poiché, però, l'onere è una condizione di accesso al diritto e non un obbligo, il suo omesso adempimento non porta ad una limitazione della sfera soggettiva dell'onerato[48], ma al mancato ottenimento di una situazione di vantaggio, cioè il diritto, e poiché l'esercizio di un diritto, cui è inscindibilmente connesso l'onere in discorso, ai sensi del codice dell'ordinamento militare esclude l'applicabilità di sanzioni disciplinari[49], deve escludersi che il mancato previo esperimento del ricorso gerarchico, che si atteggia quale diritto di diretta derivazione costituzionale, possa costituire una violazione dei doveri di servizio e della disciplina militare disciplinarmente sanzionata[50]. Una lettura in chiave disciplinare della norma è effettivamente violatrice delle disposizioni ricordate nell'ordinanza di rimessione, dunque deve escludersi. Dovendo evitare una lettura sostanzialmente abrogativa del contenuto della norma, lettura esclusa dalla Corte, non resta che riconoscere come questa abbia una valenza di natura procedimentale, già affermata dalla sent. 113/1997, essendo questa l'unica costituzionalmente compatibile.

3. L'ondivaga interpretazione del Consiglio di Stato.

Chiarita, ad opera di Corte cost. 113/1997, la costituzionalità della disposizione che onera i militari di previamente esperire il ricorso gerarchico, per poi accedere al g.a. in materia di sanzioni disciplinari, sono emersi dubbi applicativi, con riferimento alla sanzione da collegarsi al mancato adempimento dell'onere: si trattava di stabilire se questa dovesse essere disciplinare, processuale (inammissibilità o improcedibilità) o entrambe.

Investito della questione nel 1999, il Consiglio di Stato rileva che il principio in commento, inserito in una disciplina di settore, e proprio valorizzando questa caratterizzazione di *lex specialis*, «non introduce una deroga al principio introdotto dalla l. 6 dicembre 1971 n. 1034 – che ha abolito l'onere del previo ricorso amministrativo – ma riguarda esclusivamente l'ordinamento militare, imponendo l'esperimento del ricorso gerarchico quale dovere di disciplina militare, ma non quale condizione dell'azione giurisdizionale in senso tecnico»[51]. Ciò implica che il militare che ometta di previamente esperire il ricorso gerarchico non trova una preclusione di natura processuale, ma viola una disposizione regolamentare, per cui può essere sottoposto ad una sanzione disciplinare. In questo modo il Consiglio di Stato sposta l'incidenza degli effetti della mancata osservanza del dovere di previa proposizione del ricorso gerarchico dal versante procedimentale del condizionamento all'accesso alla giurisdizione amministrativa a quello della esclusiva rilevanza degli effetti medesimi nell'ambito dell'ordinamento militare.

Questo orientamento, pur contrastando con la ricordata posizione assunta in Corte cost. 113/1997 che vedeva in questa norma una condizione di procedibilità del giudizio amministrativo, è

---

[46] Art. 1465, c. 1 del d.lgs. 66/2010.

[47] Titolo VIII, capo III, sezione III.

[48] Dunque, di per sé solo, non può condurre ad una responsabilità disciplinare, perché essa deriva dalla violazione degli obblighi (non degli oneri) assunti dal lavoratore. Cfr. la vasta produzione dottrinale e giurisprudenziale in V. TENORE, L. PALAMARA, B.M. BURATTI, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, Milano, 2013, 400, nota 1.

[49] Art. 1466 del d.lgs. 66/2010.

[50] Ai sensi dell'art. 1352, c. 1 del d.lgs. 66/2010.

[51] Cons. St., IV sez., 25 febbraio 1999, n. 228.

stato confermato in una seconda pronuncia di palazzo Spada nel 2010, in annullamento di una decisione di *prime cure*[52] che aveva giudicato inammissibile[53] un ricorso presentato da un militare avverso una sanzione disciplinare, avendo egli omesso il previo esperimento del ricorso gerarchico, nella considerazione che «il militare che ha violato la norma in questione può essere sottoposto a sanzione disciplinare dall'Arma d'appartenenza, ma non deve soggiacere a pronuncia d'inammissibilità del suo ricorso al giudice amministrativo»[54].

L'orientamento del Consiglio di Stato cambia con una ordinanza del 2012 che, dando una interpretazione sostanzialmente abrogativa della norma, per un verso conferma il precedente orientamento per cui il previo esperimento del ricorso gerarchico «non condiziona, né impedisce la tutela giurisdizionale del militare in quanto non costituisce una condizione della azione, che resta processualmente ammissibile», ma dall'altro, richiamando Corte cost. 113/1997, ma senza ulteriormente argomentare, nega l'esistenza di un «fondamento normativo per configurare l'illiceità disciplinare dell'esperimento diretto del gravame giurisdizionale senza il previo ricorso gerarchico»[55].

Nel 2018, a seguito di Corte cost. 322/2013, il Consiglio di Stato, IV sez., con sent. n. 880, «ritiene che l'esegesi sinora propugnata da questa Sezione meriti un integrale ripensamento». Aderendo alla lettura che della norma è fatta dalla Consulta, i giudici di palazzo Spada argomentano che è facoltà dell'interessato impugnare il provvedimento disciplinare e per principio logico di carattere generale il mancato esercizio di una facoltà non può mai costituire una violazione dei doveri di servizio[56]. L'attivazione di un rimedio a tutela della posizione del singolo, pertanto estraneo ai compiti istituzionali delle Forze armate, è estraneo al servizio e, di conseguenza, alla disciplina: «dunque […] non vi sono le basi normative per annettere natura di illecito disciplinare al mancato previo esperimento di ricorso gerarchico», pertanto «non resta che concludere che la disposizione in esame intenda effettivamente delineare una condizione di procedibilità del giudizio».

Tanto premesso, la lettura dell'art. 1363, c. 2 del d.lgs. 66/2010 contenuta in questa pronuncia, ora in linea con l'orientamento della Corte cost., è nel senso che la mancata proposizione del ricorso gerarchico, nella speciale materia della disciplina militare, configura non una violazione disciplinare, ma una ragione ostativa ad una pronuncia di merito che impone, ai sensi dell'art. 35, c. 1, *sub b)* c.p.a., la declaratoria di inammissibilità del ricorso giurisdizionale proposto in via immediata.

4. Riflessioni conclusive.

Allineando la propria interpretazione a quella della Corte cost., il Consiglio di Stato ha posto fine al contrasto giurisprudenziale in tema di giurisdizione condizionata qui in discorso.

Resta, però, il contrasto tra l'interpretazione della giurisprudenza (§ 2 e 3) e parte della dottrina (§ 1) in ordine alla qualificazione della risposta sanzionatoria dell'ordinamento processuale all'omissione del previo esperimento del ricorso gerarchico.

Da parte sua, infatti, il Consiglio di Stato ha espressamente e testualmente ritenuto che la mancata proposizione del ricorso gerarchico imponga l'inammissibilità del ricorso giurisdizionale[57], ai sensi dell'art. 35, c. 1 *sub b)* c.p.a. Dall'altro la posizione di parte dottrina è chiara nel ritenere che

---

[52] T.A.R. del Friuli Venezia Giulia, 27 giugno 2000, n. 521, dove il g.a., richiamando Corte cost. 113/1997, sottolinea che «la disposizione dell'art. 16 secondo comma l. 11 luglio 1978 n. 382 […] trova giustificazione nella peculiarità dell'ordinamento delle Forze armate, che esige un rafforzamento dei vincoli gerarchici, con la conseguenza che, in armonia con tale finalità, deve ritenersi plausibile la scelta del Legislatore ordinario secondo la quale le controversie in ordine all'applicazione delle dette sanzioni sono preventivamente sottoposte all'esame dei superiori gerarchici, né simile soluzione comporta un eccessivo differimento dell'esercizio della tutela giurisdizionale, essendo essa comunque esperibile appena siano trascorsi novanta giorni dalla presentazione del ricorso gerarchico».

[53] Sulla scorta di T.A.R. del Piemonte, 18 giugno 1998, n. 447 e T.A.R. del Lazio, sez. I, 17 maggio 1997, n. 709 e 29 febbraio 1984, n. 203.

[54] Cons. St., IV sez., 26 marzo 2010, n. 1778.

[55] Cons. St., IV sez., ord. del 24 aprile 2012, n. 1614.

[56] In coerenza con quanto disposto, come ricordato, dall'art. 1466 del d.lgs. 66/2010.

[57] Cons. St., 12 febbraio 2018, n. 880, § 8.10.

il giudice non potrà definitivamente respingere la domanda, ma, al più, dovrà dichiararne l'improcedibilità, ai sensi del medesimo art. e c., ma *sub c)*.

Iniziando da ciò che le due posizioni condividono, è pacifico che l'omessa presentazione del ricorso gerarchico impedisca una pronuncia sul merito[58], così come pacifica è la rilevabilità di questo vizio da parte del giudice.

La posizione della giurisprudenza pare valorizzare il dato testuale per via sillogistica: da una lettura dell'art. 35 c.p.a., ciò che sembra differenziare l'inammissibilità dall'improcedibilità sta nel fatto che, nel caso di domanda inammissibile, l'ostacolo alla pronuncia sul merito è esistente prima del giudizio. Posto, quindi, che il ricorso è inammissibile quando *ab imis* «sussistono […] ragioni ostative ad una pronuncia sul merito»[59], e che l'omesso esperimento dello strumento condizionante prima del ricorso giurisdizionale è una ragione ostativa alla pronuncia sul merito[60], se ne deduce che questa omissione rende inammissibile il ricorso giudiziale.

Parte della dottrina, tende a concordare con questa interpretazione e ritiene che, in coerenza al principio di cui all'art. 358 c.p.c., la cui applicazione potrebbe invocarsi anche per il processo amministrativo, il ricorso dichiarato inammissibile non può essere riproposto ancorché non sia decorso il termine per appellare, avendo il legislatore considerato consumato il potere di impugnazione[61]. D'altra parte, varie normative di settore prevedono l'inammissibilità dell'azione proposta senza previamente esperire lo strumento condizionante[62].

Altra parte della dottrina, minoritaria ma autorevole, fornisce una più articolata e diversa visione del principio qui in commento.

Questa linea interpretativa, muovendo da una lettura sistematica delle pronunce della Corte cost., tende ad escludere la legittimità del ricorso gerarchico come condizione di ammissibilità di quello giurisdizionale, «lasciando ferma la possibilità di configurare la tutela giustiziale a guisa di mera condizione di procedibilità»[63]. L'omessa realizzazione di questa condizione di procedibilità impedisce al giudice di pronunciarsi subito sulla controversia, proprio perché non è stato rimosso l'ostacolo che impedisce al processo di avviarsi[64]. Il giudice, pertanto, dovrà, sospendere il processo ed assegnare all'attore un termine per dar corso all'adempimento omesso, similmente con quanto accade

---

[58] Come noto, la caratteristica delle sentenze di rito è quella di decidere esclusivamente sull'esame di un profilo di carattere processuale, ostativo alla prosecuzione dell'*iter* fino alla decisione sul merito (Cons. St., Ad. Plen., 1 marzo 1984, n. 4). Questa decisione può assumere la forma dell'ordinanza o del decreto, implicando l'impossibilità del passaggio in giudicato, ma anche la forma della sentenza (solo se si verifica o viene accertata all'udienza di discussione (art. 85, c. 9 c.p.a.), per la quale il passaggio in giudicato dipende dall'eventuale contenuto decisorio di questa, cfr. F.G. SCOCA, L. GIANI, *Spunti sulla nozione di interesse legittimo e giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 310.

[59] Art. 35, c. 1, *sub b)* del d.lgs. 66/2010.

[60] Perché strettamente inteso quale presupposto processuale.

[61] N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2012, 694 ed E. RAGANELLA, L. VALLA, *La tutela,* cit., 96.

[62] Ciò vale per le controversie inerenti l'iscrizione in taluni albi o registri (ad es. l'Albo degli artigiani, art. 7 della l. 443/1985), il risarcimento del danno cagionato dal servizio postale (artt. 20, 91 e 92 del d.P.R. 156/1973), la materia tributaria (art. 17*bis* del d.lgs. 546/1992).

[63] F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo,* Roma, 2015, 479.

[64] La dottrina ha sottolineato che la condizione di procedibilità si atteggia quale presupposto processuale, ma «non si pone in chiave di pregiudizievole interessamento per il giudizio, sì come permanente», G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, Roma, 2011, p. 127.

per l'integrazione del contraddittorio[65]. «L'inosservanza dell'onere di proporre il ricorso amministrativo prima della domanda giudiziale non comporta pertanto la perdita del diritto d'azione»[66].

Esistono, d'altra parte, altre varie ipotesi in cui norme di settore dispongono l'improcedibilità della domanda proposta omettendo il previo esperimento dello strumento condizionante: tipico esempio è il disposto dell'art. 433 c.p.c e dell'art. 143 delle disp. att.[67], che in materia di lavoro ed assistenza e previdenza sociale, prevedono la sospensione del processo per consentire la presentazione del ricorso amministrativo[68].

In conclusione, nonostante appaia ormai assodato, in seguito alla qui commentata sent. 880/2018, che l'omesso previo esperimento del ricorso gerarchico implica la sanzione processuale dell'inammissibilità sul ricorso presentato dal militare avverso una sanzione disciplinare, questo assetto denota contrasti con *dicta* della Corte costituzionale.

Come ricordato (v. *supra* § 2), se è vero che l'apposizione di una condizione di procedibilità non arreca un *vulnus* al diritto alla tutela giurisdizionale, non pare che considerazioni di ragionevolezza e giustizia possano condurre ad una misura sanzionatoria in rito, quale è l'inammissibilità per mancato previo esperimento del ricorso, che neghi in maniera radicale e definitiva la tutela giurisdizionale della situazione giuridica sostanziale. Un assetto processuale di questo tenore evidenzia una sproporzione evidente tra l'interesse che intende proteggere, l'organizzazione dei rapporti di servizio, e il diritto, costituzionale, di accesso alla giurisdizione che finisce inevitabilmente per plafonare in maniera eccessiva[69]. Se, in più, si considera che la giurisprudenza è ferma nel ritenere che in sede giurisdizionale non si possano proporre censure diverse rispetto a quelle rivolte al provvedimento impugnato nel ricorso gerarchico[70] e che quest'ultimo atto non richiede la difesa tecnica, è chiaro che non viene assicurata al ricorrente una piena difesa: il difensore in sede giurisdizionale, infatti, sarà irreversibilmente vincolato ai soli motivi già esposti dal ricorrente medesimo in sede gerarchica[71]. Situazione questa che rende, sostanzialmente, il ricorso gerarchico un atto processuale, perché in grado di condizionare pesantemente e negativamente lo svolgimento del giudizio amministrativo. Se, quindi, al fine di avere la piena possibilità di difendersi, al soggetto che chiede la tutela è richiesto di avere una conoscenza del diritto pari a quella di un avvocato, è chiaro che questa condizione rende «estremamente difficoltoso» l'accesso alla tutela giurisdizionale, in contrasto il *dictum* dalla Corte cost.[72] A ciò si aggiunga che anche la tesi della improcedibilità presenta una grave frizione con i

---

[65] E similmente con quanto avviene, nel processo civile, per l'ipotesi di omissione dell'esperimento della mediazione. Secondo la Suprema Corte «la mediazione costituisce condizione di procedibilità e non di proponibilità della domanda […]. Di conseguenza, laddove la domanda giudiziale sia proposta in mancanza del previo esperimento del procedimento di mediazione ed il convenuto proponga la relativa eccezione, si determina un semplice differimento delle attività da svolgersi nel giudizio già pendente, ma non la nullità di quelle fino a quel momento svolte, e restano pertanto ferme le decadenze già verificatesi». D'altra parte, proseguono i giudici, «se il legislatore avesse inteso stabilire l'inefficacia delle attività processuali svolte in mancanza del previo procedimento di mediazione sarebbe stata prevista la semplice dichiarazione di improcedibilità della domanda e la chiusura del giudizio instaurato senza previo ricorso al tentativo di mediazione, con la necessità di instaurarne uno nuovo, ovvero la rinnovazione degli atti processuali già espletati», cfr. Cass. civ, Sez. III., ord. 13 aprile 2017, n. 9557.

[66] A. TRAVI, *Lezioni*, cit., 102.

[67] Modificato dalla l. 533/1973.

[68] Cfr., per una prospettiva comparativa, Corte cost. sent. 93/1979 e 487/1987 in tema di ricorsi di dipendenti ferroviari, condizione di accesso alla giurisdizione ai sensi del r.d. 148/1931.

[69] In Corte cost. 15/1991, si parla espressamente di sproporzione tra misura procedimentale prevista alla stregua di sanzione e compromissione del diritto di difesa costituzionalmente garantito, con riferimento all'art. 20 del d.P.R. 156/1973 che, in materia postale, disponeva il previo esperimento di una condizione di proponibilità dell'azione giurisdizionale entro un termine estremamente ridotto, scaduto il quale era stabilita la decadenza dell'azione medesima.

[70] *Ex plurimis*, T.A.R. della Sicilia, Sez. II, 3 marzo 2014, n. 606, per cui la preclusione è finalizzata ad «evitare la possibile elusione dei termini perentori entro i quali proporre ricorso giurisdizionale», T.A.R. della Lombardia, Sez. IV, 11 giugno 2013, n. 1509 e T.A.R. della Calabria, Sez. I, 5 maggio 2013, n. 578.

[71] Si noti che una parte, assai minoritaria, della dottrina ritiene possibile la deduzione in sede giurisdizionale di motivi diversi da quelli proposti sul ricorso amministrativo, sulla base dell'assunto che i due ricorsi sono autonomi a seguito dell'avvento del principi di facoltatività. La situazione si capovolge per la questione in discorso, rendendo il ragionamento anche di questa dottrina, concorde con quanto si espone.

[72] Sent. 406/1993, in *GT – Riv. giur. trib*, n. 2/1994, con nota di G. GLENDI, *Azione giudiziaria non più condizionata al ricorso amministrativo*.

principi enunciati dalla Consulta, perché, sul piano pratico, la pronuncia di improcedibilità sarà emessa dal giudice amministrativo assai probabilmente ben oltre il termine per la proposizione del ricorso gerarchico, rendendo conseguentemente più apparente che reale l'attivazione dello strumento condizionante.

Per superare questi problemi, in verità, sarebbe sufficiente adeguare il c. 2 dell'art. 1366 del d.lgs. 66/2010 alle previsioni già presenti nell'ordinamento dettate per procedimenti similari. Aderendo alle linee guida fornite dalla Corte cost., al fine di garantire pienezza al diritto di accesso alla giurisdizione, si dovrebbe garantire che la proposizione del ricorso gerarchico fosse sospensiva dei termini per adire il giudice amministrativo, che l'omessa presentazione del ricorso gerarchico comportasse la mera improcedibilità dell'azione giurisdizionale e che non operassero preclusioni in ordine alle censure sul provvedimento impugnato, eliminando così, senza smentire le finalità originarie della previsione, i fondati sospetti di legittimità che accompagnano la disposizione in esame.

Forze armate italiane e operazioni internazionali: la cornice normativa di riferimento

Italian armed forces and international operations: the regulatory framework

Federico Sperotto[1]

Abstract: L'invio di Forze armate italiane all'estero per operazioni militari presuppone la legalità dell'intervento armato sotto il profilo del diritto internazionale (*ius ad bellum*) e postula in fase condotta il rispetto sia delle norme di diritto internazionale umanitario (*ius in bello*), sia dei diritti umani contenuti negli strumenti internazionali di cui l'Italia è parte. L'articolo illustra la cornice giuridica di riferimento per la condotta di operazioni fuori dal territorio nazionale.

*The deployment of Italian expeditionary forces in foreign territories demands the lawfulness of the military intervention under international law (*jus ad bellum*) and requires in the conduct of the operations the respect of international humanitarian law (*jus in bello*) as well as the obedience to the international treaties for the protection of human rights to which Italy is a part. The article addresses the legal framework for the conduct of military operations abroad.*

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'uso della forza nel diritto internazionale. – 3. La partecipazione italiana a operazioni internazionali. – 4. Salvaguardia dei diritti dell'uomo durante le operazioni militari. – 5. Diritto internazionale umanitario e ordinamento italiano. – 6. Uso delle armi da parte dei militari italiani impegnati in operazioni all'estero. Le regole di ingaggio. – 7. Il risarcimento dei danni derivati da operazioni militari.

1. Premessa.

L'invio di Forze armate italiane all'estero per operazioni militari presuppone la legalità dell'intervento armato sotto il profilo del diritto internazionale (*ius ad bellum*) e postula, in fase condotta, il rispetto sia delle norme di diritto internazionale umanitario (*ius in bello*) che dei diritti umani difesi dagli strumenti internazionali di cui l'Italia è parte.

Nell'ordinamento italiano, la legalità dell'intervento armato è ricondotta all'art. 11 della Costituzione. La partecipazione alle missioni internazionali è deliberata dal Consiglio dei ministri e autorizzata dalle Camere, ed è finalizzata a dare corso, nel rispetto del diritto internazionale, alle decisioni dell'Organizzazione delle Nazioni Unite o di altre organizzazioni internazionali cui l'Italia appartiene, ovvero alla condotta di interventi umanitari (unilaterali, o comunque decisi al di fuori dei consessi internazionali) quando sussista il carattere dell'eccezionalità[2].

Nell'ambito dei comportamenti individuali, il controllo del rispetto dei diritto umanitario, sia in caso di conflitti armati che nel corso delle operazioni di mantenimento e ristabilimento della pace e della sicurezza internazionale, è compito precipuo dei comandanti militari[3], mentre della sanzione di un uso illecito della forza militare, sia durante i conflitti armati che durante le operazioni militari armate svolte all'estero, si occupano l'ordinamento penale militare, attraverso le norme che puniscono i reati contro le leggi e gli usi di guerra (contenute nel Titolo IV del Libro III del c. p. m.

---

[1] Ten. Col. (E.I.), consigliere giuridico nelle Forze armate.

[2] Artt. 1 e 2, legge 21 luglio 2016, n. 145, *Disposizioni concernenti la partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali*.

[3] Art. 89, comma 4, d. lgs. 15 marzo 2010, n. 66, *Codice dell'ordinamento militare*.

g.) e le pertinenti norme del codice penale, in quanto strumento interno di tutela dei diritti umani garantiti dalle convenzioni di cui l'Italia è parte.

2. L'uso delle forza nel diritto internazionale.

L'uso della forza militare, nel diritto internazionale, è limitato, per tutti gli Stati, dall'art. 2 comma 4 della Carta delle Nazioni Unite, con la rilevante eccezione prevista all'art. 51 per il caso di autodifesa, ossia come reazione ad un'aggressione armata (*if an armed attack occurs*)[4].

Nel diritto internazionale consuetudinario è autodifesa lecita anche la reazione ad una minaccia di attacco, che sia immediata, soverchiante, che non dia modo di scegliere altrimenti né tempo di deliberare diversamente (cd. *anticipatory self-defence*. *Preventive action* secondo il Tribunale militare internazionale di Norimberga)[5].

In entrambi i casi, la reazione armata deve essere rispettosa dei requisiti della necessità e della proporzionalità, in termini di assenza di alternative e di forza commisurata a respingere l'aggressione[6].

Al di là di queste due ipotesi di legittima difesa, gli Stati nelle loro relazioni reciproche non sono autorizzati ad usare, di propria iniziativa, la forza militare. Sono invece lecite le operazioni intraprese per dare esecuzione, con tutti i mezzi necessari (*all necessary means*), alla volontà del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, espressa sulla base del capo VII della Carta, volontà che, a norma dell'art. 24, è la volontà di tutti i membri delle Nazioni Unite.

Gli interventi autorizzati dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, ovvero direttamente gestiti dalle Nazioni Unite per il tramite del Segretario generale, che riferisce al Consiglio, possono avere diversa fisionomia. Il concetto di operazioni a supporto della pace, *peace support operations* (PSO), è comprensivo tanto delle operazioni di tipo coercitivo, comunemente intese come missioni impositive della pace (*peace enforcement*), quanto di quelle di mantenimento della pace (*peace keeping*), durante le quali l'uso della forza è limitato all'autodifesa e alla difesa del mandato. Le prime rientrano nel capo VI della Carta delle Nazioni Unite. Le seconde, nel capo VII[7]. Si deve parlare di *autorizzazione* concessa agli Stati membri a causa della mancata attuazione, negli anni, degli artt. 43-47 della Carta, che ha impedito al Consiglio di avere a propria diretta disposizione le Forze armate necessarie per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale.

Un particolare sviluppo, nella fisionomia delle missioni delle Nazioni Unite, è derivato dalla Risoluzione 2098/2013 riferita alla situazione nella Repubblica democratica del Congo, con la quale

---

4 Corte IG, *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua (Nicaragua c. Stati Uniti)*, 27 giugno 1986, §§ 99 e ss.

5 R. JENNINGS, *The Caroline and McLeod Cases*, in *American Journal of International Law*, 1938, 32 (1), 82-99. International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment and Sentences (1947), 41 AJIL, p. 171: «*[i]t is clear that as early as October, 1939, the question of invading Norway was under consideration. The defense that has been made here is that Germany was compelled to attack Norway to forestall an Allied invasion, and her action was therefore preventive. It must be remembered that preventive action in foreign territory is justified only in case of "an instant and overwhelming necessity for self-defense leaving no choice of means, and no moment of deliberation". (The Caroline Case*, Moore's Digest of International Law, II, 412)».

6 Corte IG, *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua*, cit., § 94: «*The Court therefore finds that Article 51 of the Charter is only meaningful on the basis that there is a "natural" or "inherent" right of self-defence, and it is hard to see how this can be other than of a customary nature, even if its present content has been confirmed and influenced by the Charter*». Corte IG, *Liceità della minaccia o dell'uso delle armi nucleari*, parere, 8 luglio 1996, §§ 41-44: «*The submission of the exercise of the right of self-defence to the conditions of necessity and proportionality is a rule of customary international law …These requirements of Article 51 apply whatever the means of force used in self-defence*».

7 La Corte internazionale di giustizia ha ricondotto le operazioni impositive agli artt. 41 e 42 della Carta. Corte IG, *Conseguenze giuridiche per gli Stati della continua presenza dell'Africa del Sud in Namibia*, parere, 21 giugno 1971, § 114: «*…enforcement action under Articles 41 and 42 of the Charter*».

il Consiglio di sicurezza, nel quadro della missione di *peace keeping* denominata *United Nations Organization Stabilization Mission in the Democratic Republic of the Congo* ha istituito un'unità speciale di intervento, *intervention brigade*, cui è stato assegnato il compito di condurre operazioni offensive mirate a neutralizzare i gruppi armati e a proteggere i civili dalla violenza delle bande[8].

L'impiego della forza in operazioni condotte da reparti militari può essere visto, a seconda delle circostanze, come espressione di due modelli, uno definito come «*Conduct of Hostilities Paradigm*», l'altro «*Law Enforcement Paradigm*»[9]. Il primo, rimandando alla condotta delle ostilità, racchiude le pertinenti norme di diritto dei conflitti armati. Quanto al secondo, come noto *law enforcement* si riferisce alle attività dirette a garantire l'ordine pubblico e la sicurezza interna, riguarda attività che competono di norma alle Forze di polizia, ed è basato su norme di diritto interno e su disposizioni di provenienza internazionale dirette alla protezione dei diritti umani. Il primo paradigma si applica solo a situazioni di conflitto armato, mentre il secondo, tipico del tempo di pace, può essere adottato per disciplinare determinate attività svolte nel contesto di conflitti armati o contesti assimilabili, come le situazioni di occupazione militare. Detti compiti di polizia possono essere assegnati a unità militari – incluse quelle dei contingenti schierati a supporto dei governi locali – in particolare durante conflitti armati non-internazionali.

3. La partecipazione italiana a operazioni internazionali.

Con l'art. 11 della Costituzione la Repubblica italiana ha rinunciato, unilateralmente, al diritto di muovere guerra, sottomettendosi al sistema della Carta delle Nazioni Unite e più in generale al diritto internazionale (art. 10 Cost.)[10].

Delle attività delle Forze armate italiane si occupano gli articoli 11 e 52 della Costituzione, che rimandano alla natura difensiva degli interventi armati[11]. Il codice dell'ordinamento militare include nei compiti delle Forze armate la partecipazione a missioni anche multinazionali per interventi a supporto della pace, in conformità alle regole del diritto internazionale e alle determinazioni delle organizzazioni internazionali delle quali l'Italia fa parte[12]. La Corte costituzionale ha precisato già nel 1999 che gli apparati militari hanno il compito di garantire, oltre che l'integrità dell'ordinamento nazionale, anche la libertà dei popoli[13].

La partecipazione alla campagna militare è espressione di una funzione politica. Anche la scelta di una modalità di conduzione delle ostilità rientra negli atti di governo, ma è limitata dalla liceità del mezzo o del metodo di guerra prescelto. In particolare, la condotta delle operazioni non può essere lesiva dei diritti umani fondamentali garantiti dall'art. 2 della Costituzione e dalle convenzioni internazionali introdotte nell'ordinamento italiano con la forza di legge propria degli atti contenenti i relativi ordini di esecuzione. A coloro che per qualsiasi ragione vengano in contatto con reparti italiani impegnati in operazioni devono essere parimenti garantiti i diritti sottesi all'art. 2 citato.

---

8 UN SC Resolution 2098 (DRC) S/RES/2098 (2013), § 12 (b): « *... In support of the authorities of the DRC, on the basis of information collation and analysis, and taking full account of the need to protect civilians and mitigate risk before, during and after any military operation, carry out targeted offensive operations through the Intervention Brigade* …». Si profilerebbe, secondo alcuni commentatori una sorta di *aggressive peace-keeping*. Si veda sul punto, M. A. KHALIL, *The world needs robust peacekeeping not aggressive peacekeeping*, in < http://blogs.icrc.org/law-and-policy/2018/05/15/ >.

9 G. GAGGIOLI, *The Use of Force in Armed Conflicts. Interplay Between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms*, Ginevra, 2012.

10 Nei limiti imposti dal rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona (C. Cost., 18 giugno 1979, n. 48 e 19 marzo 2001, n. 73).

11 Art. 87, comma 2, d. lgs. n. 66/2010.

12 Art. 88, comma 2, d. lgs. n. 66/2010.

13 C. Cost., 10 maggio 1999, n. 172.

Con la recente legge n. 145/2016 si è stabilito che durante le missioni all'estero debba essere garantito il rispetto del diritto internazionale dei diritti umani, del diritto internazionale umanitario e del diritto internazionale penale[14]. La stessa legge, all'art. 1, comma 2, definisce la missione in termini di invio di personale e di assetti, civili e militari, fuori del territorio nazionale.

4. Salvaguardia dei diritti dell'uomo durante le operazioni militari.

L'ordinamento italiano, per quanto attiene alla tematica dei diritti, è «*contraddistinto dalla centralità dei diritti dell'uomo, esaltati dall'apertura dell'ordinamento costituzionale alle fonti esterne*»[15]. Gli strumenti di protezione dei diritti umani impongono agli Stati obblighi di tutela verso chiunque si trovi nella loro giurisdizione. Fuori dal territorio nazionale e dagli spazi considerati tali a norma del diritto internazionale (navi o aeromobili, ad esempio), lo Stato esercita extra-territorialmente la propria giurisdizione attraverso le proprie unità militari nei confronti degli individui che si trovino in territorio sottoposto al controllo effettivo di un contingente militare o che si trovino sotto l'autorità e il controllo di agenti dello Stato[16].

In caso di conflitto armato, la vigenza delle norme sulla protezione dei diritti umani non cessa. Tuttavia, spetta al diritto dei conflitti armati determinare cosa costituisca violazione di un diritto umano fondamentale. La Corte internazionale di giustizia, nella sua opinione sulla minaccia o l'uso di armi nucleari, ha affermato che la privazione arbitraria della vita in violazione dell'art. 6 del Patto internazionale sui diritti civili e politici[17], e più in generale se un corso d'azione sia lecito secondo quello strumento, deve ricavarsi dal diritto dei conflitti armati. Perciò la morte non si considererà inflitta in spregio al diritto alla vita quando sarà stata conseguenza di atti leciti secondo il diritto dei conflitti armati. Questo orientamento, espresso dalla Corte internazionale di giustizia nel 1996 in un parere sollecitato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, è condiviso anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha però sostenuto che laddove fosse chiamata ad applicare le norme della Convenzione a fatti accaduti durante i conflitti armati, essa interpreterebbe le norme della Convenzione alla luce del diritto internazionale umanitario solo su esplicita richiesta dello Stato rispondente[18].

La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, all'art. 15, non considera inflitta in violazione del diritto alla vita la morte derivante da legittimi atti di guerra[19]. Nella

---

[14] Art. 1, comma 1, l. 145/2016.

[15] C. Cost., 24 ottobre 2007, n. 349 e 22 ottobre 2014, n. 238.

[16] Corte EDU, caso *Loizidou c. Turchia*, Obiezioni preliminari, 23 marzo 1995, Serie A n. 310, § 52; caso *Issa e altri c. Turchia*, 16 novembre 2004, n. 31821/96, § 74. Caso *Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito*, 2 marzo 2010, n. 61498/08, § 87.

[17] Corte IG, *Liceità della minaccia o dell'uso delle armi nucleari*, cit., § 25: «*The question whether a particular loss of life, through the use of a certain weapon in warfare, is to be considered an arbitrary deprivation of life contrary to Article 6 of the Covenant on Civil and Political Rights [...] can only be decided by reference to the law applicable in armed conflict and not deduced from the terms of the Covenant itself*».

[18] Corte EDU, Grande Camera, caso *Hassan c. Regno Unito*, 16 settembre 2014, n. 29750/09, § 104. Il ragionamento della Corte è incentrato sull'idea che non sia compito della Corte medesima assumere che lo Stato intenda modificare gli obblighi che ha assunto nel ratificare la Convenzione del 1950 in assenza di chiare indicazioni a riguardo. Come si può notare, la Corte afferma che, a meno di contraria volontà dello Stato rispondente, applicherà in via prioritaria la Convenzione, e solo su esplicita dichiarazione dello Stato, il diritto dei conflitti armati. Trattandosi di norme più permissive, è facile presumere che tutte le volte che lo Stato si troverà sotto giudizio della Corte per l'operato delle proprie Forze armate, sarà ben lieto di chiedere alla corte di valutarne la condotta secondo i parametri del diritto dei conflitti armati, e ciò anche in assenza di dichiarazione ai sensi dell'articolo 15 (Corte EDU, Grande Camera, caso *Hassan c. Regno Unito*, cit., § 103).

[19] Articolo 15, Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: «*No derogation from Article 2 [Right to Life], except in respect of deaths resulting from lawful acts of war...or from Articles 3, 4 (paragraph 1) and 7 shall be made under this provision [Derogation in time of emergency]*».

considerazione che in nessun caso i civili e in generale coloro che non partecipano direttamente alle ostilità possono essere oggetto di violenza bellica, la deroga all'art. 2 consentita dall'art. 15 si riferisce soltanto alla privazione della vita dei combattenti, in osservanza delle leggi e degli usi di guerra, e al caso in cui la morte di civili consegua in modo accidentale ad un atto di guerra legittimo, nella forma del danno collaterale.

La Corte europea ha elaborato una vigorosa giurisprudenza sulle violazioni dei diritti umani derivate da cattiva pianificazione e impropria condotta delle operazioni militari. Tale giurisprudenza ha riguardato la proporzionalità dell'intervento, gli attacchi indiscriminati, le misure precauzionali, il contenimento degli effetti degli scontri con Forze illegali. Il rispetto della Convenzione concerne infatti, secondo la Corte, anche la pianificazione e il comando e controllo dell'operazione, la gestione degli elementi di *intelligence*, la scelta dei mezzi e il tipo di preparazione del personale impiegato[20]. La Corte ha applicato le dottrine elaborate nelle decisioni afferenti l'uso della forza letale durante operazioni di polizia o anti-terrorismo a combattimenti su vasta scala, inclusi attacchi condotti da reparti militari con artiglieria pesante e raid aerei, durante gli scontri del 2000 in Cecenia[21]. Nell'esprimere il proprio giudizio ha tenuto conto del fatto che nell'area di operazioni non fosse in vigore la legge marziale o altra legislazione di emergenza, e che la Federazione Russa non avesse dichiarato di derogare alla Convenzione ai sensi dell'art. 15, e che pertanto i fatti dovessero essere analizzati secondo il quadro giuridico «normale» previsto per il tempo di pace («*to be judged against a normal legal background*»), ossia secondo un modello *law enforcement*[22].

Nell'ordinamento italiano, le norme della Convenzione provengono da fonte atipica e hanno rango sub-costituzionale[23]. In ragione di detta collocazione, le norme di legge e gli atti sub-legislativi devono essere interpretati in modo conforme alle norme della Convenzione e alle pronunce giudiziali della Corte di Strasburgo[24]. Ragionando per analogia, è verosimile ritenere che la Corte di Strasburgo, chiamata a giudicare di violazioni della Convenzione commesse durante operazioni a supporto della pace, in assenza di dichiarazioni *ex* art. 15, valuterà la condotta degli organi dello Stato sulla base di parametri riconducibili al modello *law enforcement* piuttosto che al più permissivo modello *armed conflict*. Si tratta di considerazioni che dovranno essere tenute in debito conto fin dalla fase di preparazione e pianificazione della missione.

5. Diritto internazionale umanitario e ordinamento italiano.

Come accennato nel precedente paragrafo, durante i conflitti armati si applica in via prioritaria il diritto internazionale umanitario, in quanto *lex specialis*. In caso vi siano lacune, tali

---

[20] Corte EDU, caso *McCann e altri c. Regno Unito*, 27 settembre 1995, Serie A n. 324, § 194: «*… in determining whether the force used was compatible with Article 2 (art. 2), the Court must carefully scrutinise, as noted above, not only whether the force used by the soldiers was strictly proportionate to the aim of protecting persons against unlawful violence but also whether the anti-terrorist operation was planned and controlled by the authorities so as to minimise, to the greatest extent possible, recourse to lethal force*».

[21] Corte EDU, caso *Isayeva e altri c. Russia,* 24 febbraio 2005, n. 57947/00, 57948/00 e 57949/00,.

[22] Corte EDU, caso *Isayeva e altri c. Russia*, cit., § 191: «*The Court considers that using this kind of weapon in a populated area, outside wartime and without prior evacuation of the civilians, is impossible to reconcile with the degree of caution expected from a law-enforcement body in a democratic society. No martial law and no state of emergency has been declared in Chechnya, and no derogation has been made under Article 15 of the Convention […]. The operation in question therefore has to be judged against a normal legal background*».

[23] C. Cost., 12 gennaio 1993, n. 10: « *... norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria*».

[24] C. Cost., 16 novembre 2009, n. 311: «*il contrasto di una norma nazionale con una norma convenzionale, in particolare della CEDU, si traduce in una violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.* […] *al giudice nazionale, in quanto giudice comune della Convenzione, spetta il compito di applicare le relative norme, nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo*».

norme sono integrate dalle norme internazionali di tutela dei diritti umani[25]. I principi generali e le regole del diritto dei conflitti armati risultano innanzitutto dalle quattro convenzioni di Ginevra del 1949 e dal I Protocollo addizionale del 1977, per quel che riguarda i conflitti armati internazionali; dall'art. 3 comune (alle Convenzioni di Ginevra) e dal II Protocollo addizionale per ciò che riguarda i conflitti armati non aventi carattere internazionale.

Ciascuna delle quattro Convenzioni di Ginevra impone allo Stato di ricercare, ossia adoperarsi per individuare e arrestare gli individui autori di infrazioni gravi, per poi processarli penalmente di fronte ai tribunali interni, ovvero consentire che altri Stati vi procedano, secondo il principio della giurisdizione universale. Le stesse Convenzioni escludono che lo Stato possa sentirsi svincolato dalla responsabilità derivante dalla commissione di violazioni gravi alle Convenzioni [26].

Le infrazioni gravi, cosi come le condotte vietate dall'art. 85 del I Protocollo addizionale, sono considerate crimini di guerra. Sono confluite, in quanto crimini di guerra, negli statuti dei tribunali internazionali ai quali è demandata la punizione dei crimini internazionali e l'applicazione del diritto internazionale penale, in via prioritaria (come nel caso del Tribunale per la ex-Jugoslavia)[27], ovvero complementare (come nel caso della Corte penale internazionale)[28].

La struttura portante del diritto umanitario nell'ambito del sistema penale militare italiano è rappresentata dal Titolo IV del Libro III del c.p.m.g. La normativa in parola nasce dalla II Convenzione dell'Aja del 29 luglio 1899, che l'Italia ratificò il 4 settembre 1900, e dal Regolamento annesso alla IV Convenzione dell'Aja del 1907 sulla guerra terrestre, mai ratificata, ma ampiamente recepita nella legge penale di guerra in quanto espressione di diritto consuetudinario.

L'assetto attuale del Titolo IV, che si dovrebbe applicare anche alle operazioni per le quali vige il regime penale militare di pace (art. 165 ult. co. c.p.m.g.), si tratti o no di conflitto armato internazionale, secondo il principio dell'inderogabilità delle norme di diritto internazionale umanitario collegata all'art. 1 comune alle Convenzioni di Ginevra del 1949[29], deriva da modifiche introdotte nel 2002, in occasione dell'intervento militare in Afghanistan [30]. Rinviano alle convenzioni internazionali le norme di cui agli artt. 174 c.p.m.g. (artt. 35-42 I Protocollo); 178 c.p.m.g. (art. 52-53 I Protocollo); 198 c.p.m.g. (artt. 43-47 I Protocollo, III Convenzione di Ginevra). Le norme di cui tratta, con rinvio, l'art. 184 – *bis*, che vieta la cattura di ostaggi, sono contenute negli artt. 20 e 75 del I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra. Risulta insoddisfacente la formulazione dell'art. 185 («*Il militare, che, senza necessità o, comunque, senza giustificato motivo, per cause non estranee alla guerra, usa violenza contro privati nemici, che non prendono parte alle operazioni militari, è punito…*») perché, nel richiamare la necessità e il giustificato motivo, si pone in contrasto con una norma consuetudinaria di diritto internazionale, vale a dire l'art. 51 del I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra[31]. Non compaiono poi

---

[25] CIG, *Liceità della minaccia o dell'uso delle armi nucleari*, cit., § 25.

[26] Artt. 49-51, Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1949 per il miglioramento della sorte dei feriti, dei malati e dei naufraghi delle Forze armate in campagna, ratificata dall'Italia con la legge 27 ottobre 1951, n. 1739.

[27] Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Security Council resolution 827 (1993), S/RES/877 (1993), 25 May 1993.

[28] Legge 12 luglio 1999, n. 232, *Ratifica ed esecuzione dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale, con atto finale ed allegati, adottato dalla Conferenza diplomatica delle Nazioni Unite a Roma il 17 luglio 1998*.

[29] D. BRUNELLI e G. MAZZI, *Diritto penale militare*, Milano, 2002, 517.

[30] Legge 31 gennaio 2002, n. 6, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1° dicembre 2001, n. 421, recante disposizioni urgenti per la partecipazione di personale militare all'operazione multinazionale denominata «Enduring Freedom». Modifiche al codice penale militare di guerra, approvato con regio decreto 20 febbraio 1941, n. 303*. N. RONZITTI, *Una legge organica per l'invio di corpi di spedizione all'estero,* in *Rivista di diritto internazionale,* Vol. LXXXV, n.1, 2002, 139-143.

[31] Trib. int. Ex-Jugoslavia, Camera d'appello, *Procuratore c. Tihomir Blaskic*, 29 luglio 2004, n. IT-95-14-A, § 109: «*The Appeals Chamber underscores that there is an absolute prohibition on the targeting of civilians in customary international law*».

le ipotesi in cui un dubbio o il vuoto informativo fanno scattare lo *status* di persona protetta (art. 43, art. 50, co. 3, art. 52, co. 3 del I Protocollo). Sulla protezione dei beni, infine, non è esplicita, nel nostro ordinamento, la norma che proibisce di colpire un obiettivo, in caso di dubbio sul suo carattere di legittimo bersaglio, di cui all'art. 52 del I Protocollo.

6. Uso delle armi da parte dei militari italiani impegnati in operazioni all'estero. Le regole di ingaggio.

Al di fuori dei casi di cui agli articoli 78 e 87, comma 9, della Costituzione, ossia fuori dallo stato di guerra, e anche durante le missioni internazionali di cui tratta l'art. 1 della l. 145/2016, il militare è autorizzato ad usare la forza letale soltanto per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale. Si applica cioè il paradigma *law enforcement*. Ne consegue l'obbligo di valutare la possibilità di applicare mezzi non-violenti prima di usare la forza e le armi, e di usare le armi solo quando altri mezzi si sono dimostrati inefficaci. Se è inevitabile, l'uso dell'arma deve essere proporzionato alla pericolosità dell'aggressione, e l'arma deve essere impiegata in modo tale da minimizzare il cd. danno collaterale. In osservanza dei requisiti della necessità e della proporzionalità, dunque, l'uso della forza letale è ammesso solo se strettamente necessario a proteggere la vita umana dalla violenza illegale, ossia per autodifesa, per difendere altre persone, per prevenire atti che mettano in serio pericolo vite umane, e solo se misure meno estreme risultano inefficaci, e non prima di avere avvertito l'aggressore dell'intenzione di usare l'arma.

Al di fuori dei casi di legittima difesa, i militari in operazione usano la forza secondo quanto prescritto dalle cd. regole di ingaggio che sono appunto autorizzazioni ad usare la forza in situazioni diverse dall'autodifesa, ovvero formulano proibizioni all'uso della forza. Sono fonti di rango sub-legislativo, in quanto prodotte dalle autorità militari, ma non sono sindacabili di fronte al giudice amministrativo perché collegate ad un atto politico. Per loro stessa natura, non possono essere in contrasto con il diritto internazionale, con il diritto dei conflitti armati, con le leggi e i regolamenti nazionali. Analogo carattere hanno le procedure operative standardizzate (cd. SOP, *Standard Operational Procedures*).

Le regole di ingaggio attribuiscono dunque facoltà, se sono formulate come autorizzazioni, oppure impongono divieti, se enunciate in forma di proibizione. Non possono essere usate per assegnare compiti o veicolare istruzioni tattiche. Sono l'unica fonte di legittimazione all'uso della forza, in aggiunta alla legittima difesa e al compimento di legittimi atti di guerra.

Il personale partecipante alle missioni internazionali che, nel corso delle stesse, in conformità alle direttive, alle regole di ingaggio ovvero agli ordini legittimamente impartiti, fa uso ovvero ordina di fare uso delle armi, della forza o di altro mezzo di coazione fisica, per le necessità delle operazioni militari, non è punibile[32]. Quando si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge, dalle direttive, dalle regole di ingaggio o dagli ordini legittimamente impartiti, ovvero imposti dalla necessità delle operazioni militari, si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi se il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo. Di norma l'eccesso sostanzia in un'erronea valutazione del pericolo, nell'inadeguatezza degli strumenti usati, oppure nel cattivo controllo dei mezzi esecutivi. Non si può tuttavia escludere che la falsa o erronea rappresentazione della situazione, ragionevolmente indotta dalle circostanze di fatto, specie quando lette alla luce di un particolare quadro informativo che interpreta determinati comportamenti e atteggiamenti come preludio di aggressioni armate, rilevi come scriminante putativa, ai sensi dell'art. 59 comma 4 del codice penale.

L'efficacia scriminante della norma che legittima il militare a fare uso delle armi di cui all'art. 19 della l. 145 citata – che non vale quando il comportamento del militare si configura come

[32] Art. 19, comma 3, l. 145/2016.

un crimine di diritto internazionale[33] –, analogamente a quanto accade per l'uso legittimo delle armi da parte di pubblici ufficiali di cui all'art. 53 c.p., non deriva direttamente dalla necessità militare e dal comportamento rientrante tra quelli autorizzati dalle regole di ingaggio, ma presuppone il rispetto dei limiti della proporzionalità e della necessità [34]. È da osservare che la necessità delle operazioni militari di cui parla il testo non collega la scriminante alla necessità militare come interesse meritevole di tutela o come tale giustificativo di per sé di qualsiasi uso della forza, ma deve essere letta come collegamento all'adempimento di un dovere connesso al mandato da assolvere, o all'assolvimento di un compito lecito, nel senso che la scriminante non opera laddove il militare agisca per finalità personali o comunque non attinenti al servizio.

Il requisito della proporzionalità deriva da un'interpretazione della norma che sia in linea con la Costituzione e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo [35]. Vita e integrità si pongono sempre in posizione preminente rispetto agli interessi perseguiti dall'azione amministrativa e da quelli perseguiti dall'Esecutivo attraverso la politica estera. Dunque per quanto riguarda la facoltà di usare mezzi coercitivi, incluse le armi in dotazione, valgono i criteri stabiliti dall'art. 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dall'interpretazione della norma che le dà la Corte. Le autorizzazioni ad usare al forza stabilite dalle regole di ingaggio per ciascuna esigenza operativa – assolvere la missione, garantirsi la libertà di movimento, impedire intrusioni nelle basi, proteggere installazioni e beni di particolare natura, etc. –, non autorizzano mai l'uso della forza letale in assenza di un pericolo attuale per l'incolumità delle persone.

Imprescindibile, perché collegato al principio della necessità, appare anche il requisito di gradualità nell'uso di armi e mezzi di coazione, che si traduce, in termini pratici, nell'obbligo, per quanto realizzabile, di porre in essere misure di avvertimento via via più incisive quale deterrente o mezzo di dissuasione dall'intento aggressivo, comunemente indicate come misure di *force escalation*. Anche per l'autodifesa e il soccorso difensivo è richiesta l'applicazione di una procedura di *escalation of force*.

In ordine all'uso di misure coercitive, un aspetto problematico riguarda l'arresto, la detenzione o la cattura di civili nell'area di operazioni. L'esercizio di tali poteri da parte di militari italiani è alquanto limitato e circondato di cautele. Nel nostro ordinamento, non è infatti consentito trattenere una persona senza autorizzazione o convalida dell'autorità giudiziaria, né è permessa la consegna ad autorità locali di una persona che rischia di subire la pena di morte[36], ovvero la

---

[33] Art. 19, comma 4, l. 145/2016: «*Il comma 3 non si applica in nessun caso ai crimini previsti dagli articoli 5 e seguenti dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale, adottato a Roma il 17 luglio 1998, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232*».

[34] Analoghe considerazioni riguardano la causa di giustificazione prevista dall'art. 44 c.p.m.p. (*Casi particolari di necessità militare*).

[35] Corte EDU, Grande Camera, caso *Nachova e altri c. Bulgaria*, 6 luglio 2005, n. 43577/98 e 43579/98, § 104: «*It is only in subparagraphs (a) and (c) of Article 2 § 2 that violence (in the form of unlawful violence, a riot or an insurrection) is expressly made a condition that will justify the use of potentially lethal force. However, the principle of strict proportionality as enshrined in Article 2 of the Convention cannot be read in dissociation from the purpose of that provision: the protection of the right to life*».

[36] Corte Cost., 25 giugno 1996, n. 223: «*Sono incostituzionali l'art. 698 comma 2 c.p.p. e la l. 26 maggio 1984 n. 225, per quest'ultima nella parte in cui ratifica e dà esecuzione all'art. IX del trattato di estradizione firmato a Roma il 13 ottobre 1983 tra i governi della Repubblica italiana e degli Stati Uniti d'America, dove si consente l'estradizione anche per i reati punibili con la pena capitale, a fronte dell'impegno assunto dal paese richiedente - con garanzie ritenute sufficienti dal Paese richiesto - a non infliggere la pena di morte o, se già inflitta, a non farla eseguire; anche a prescindere dalla sussistenza o meno di efficienti rimedi nell'ordinamento statunitense a tutela della vincolatività dei trattati internazionali, la formula delle "sufficienti assicurazioni", infatti, demandando a valutazioni discrezionali e caso per caso il giudizio sul grado di affidabilità e di effettività delle garanzie, infirma l'assolutezza del divieto di pena di morte in tempo di pace, sancito dall'art. 27 comma 4 Cost. ed i valori, riconducibili all'art. 2 Cost., ad esso sottostanti, primo fra tutti il bene essenziale della vita*». Caso *Mohammed v Ministry of Defence* [2014] EWHC 1369 (QB): «*ISAF standard operating procedures permit its forces to detain*

violazione dei diritti umani inderogabili, come il diritto a non essere torturati. Si tratta di un aspetto operativo di rilevante importanza, che spesso rende complicato l'assolvimento dei compiti della missione.

Nel caso in cui la situazione operativa degeneri in un conflitto armato[37], inteso come uso della forza tra due o più Stati, ovvero violenza armata prolungata tra le autorità dello Stato, Forze armate ribelli o gruppi armati organizzati, o scontri tra detti gruppi armati, l'uso della forza sarà consentito contro i combattenti, i civili che partecipano direttamente alle ostilità o i membri combattenti dei gruppi armati organizzati[38], e contro gli obbiettivi militari, nel rispetto dei principi di distinzione, precauzione, proporzionalità, umanità e necessità militare, e delle norme che vi danno esecuzione, ossia gli artt. 35-58 I Protocollo, e 13-16 II Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra.

La legittima difesa diventerà concetto ridondante, e le regole di ingaggio saranno traduzione in termini pratici delle precauzioni richieste dal diritto dei conflitti armati nella condotta delle ostilità, ossia: che il diritto dei belligeranti di scegliere mezzi e metodi di guerra non è illimitato; che sono vietati i mezzi di combattimento che causano inutili sofferenze, che abbiano effetti indiscriminati, che producano danni collaterali sproporzionati. Nei casi non coperti dal diritto internazionale pattizio, civili e combattenti rimarranno soggetti alla protezione e all'autorità dei principi di diritto internazionale stabiliti dalle consuetudini, dai principi di umanità e dai dettami della pubblica coscienza (cd. clausola *Martens*)[39].

7. Il risarcimento dei danni derivati da operazioni militari.

A riguardo dell'uso della forza militare in territorio estero, nel 2002 la Cassazione s'è dovuta occupare di una richiesta di risarcimento danni su domanda degli aventi causa delle vittime del bombardamento condotto da aerei della NATO contro la stazione radiotelevisiva di Belgrado, durante il conflitto del marzo-giugno 1999 tra i Paesi dell'Alleanza atlantica e la Repubblica Federale di Jugoslavia[40].

In quell'occasione la Corte ha affermato che trattandosi di responsabilità collegata a un atto di guerra, in particolare a una modalità di conduzione delle ostilità rappresentata dalla guerra aerea, e dunque di scelta rientrante tra gli atti di governo, nessun giudice avesse il potere di sindacato sul modo in cui la funzione era stata esercitata.

La Corte ha inoltre precisato che le norme internazionali che disciplinano la condotta delle ostilità, che hanno come oggetto la protezione dei civili, in quanto norme di diritto internazionale, regolano rapporti tra Stati. Pertanto la loro violazione non può essere fatta valere davanti al giudice. Ciò perché le leggi che hanno introdotto le norme internazionali nell'ordinamento italiano non contengono disposizioni che consentano alle persone offese di chiedere allo Stato la riparazione dei

---

people for a maximum of 96 hours after which time an individual must either be released or handed into the custody of the Afghan authorities».

37 Per una definizione internazionalmente accettata, Trib. int. Ex-Jugoslavia, Camera d'appello, *Procuratore c. Dusko Tadic*, 2 ottobre 1995, n. IT-94-1-A, § 70.

38 Secondo il Tribunale per la ex-Jugoslavia, il test per l'esistenza del conflitto armato (non-internazionale) richiede la verifica attraverso diversi indicatori della sussistenza dei due requisiti dell'*intensità dello scontro armato* e dell'*organizzazione delle parti* in conflitto. Trib. int. Ex-Jugoslavia, Camera d'appello, *Procuratore c. Dusko Tadic*, 2 ottobre 1995, n. IT-94-1-A, § 562; *Procuratore c. Ljube Boškoski e Johan Tarčulovski*, 10 luglio 2008, n. IT-04-82-T, §§ 175-178.

39 Sulla clausola Martens, A. CASSESE, *The Martens Clause: half a loaf or simply pie in the sky?*, in *European Journal of International Law*, 11, 2000, 187 – 216.

40 La Cassazione, Sez. Unite, ordinanza 5 giugno 2002, n. 8157, rispetto alla pretesa risarcitoria, ha dichiarato il difetto di giurisdizione.

danni derivati dalla violazione delle norme internazionali[41]. E d'altro canto, alle funzioni di tipo politico non si contrappongono situazioni soggettive protette. Tuttavia, la Corte costituzionale ha avuto modo di precisare in una recente sentenza riguardante l'immunità degli Stati rispetto alle giurisdizioni straniere che i comportamenti qualificabili come crimini di guerra e contro l'umanità, in quanto lesivi di diritti inviolabili della persona, sono estranei all'esercizio legittimo della potestà di governo[42].

Con riguardo invece alla possibilità per la vittima di ottenere il risarcimento dei danni a carico del militare che abbia commesso un illecito, valgono le norme sulla responsabilità dei pubblici dipendenti. Atteso dunque che il militare risponde direttamente degli atti compiuti in violazione di diritti ai sensi dell'art. 28 della Costituzione, e che la responsabilità civile si estende allo Stato, l'azione di risarcimento nei confronti del singolo può essere esercitata congiuntamente con l'azione diretta nei confronti dell'Amministrazione. È danno imputabile al militare solo quello derivante da violazioni di diritti dei terzi commesso per dolo o per colpa grave. Quando l'illecito sia derivato da colpa non grave, del danno risponde l'Amministrazione militare[43].

Rispetto alla giurisdizione locale o di altri Stati compartecipi di una missione multinazionale, invece, al di là di specifiche immunità derivanti da accordi sullo stato delle Forze o analoghi atti, conosciuti nella prassi come *military technical agreements*, che possono modificare il regime generale, per atti commessi dal militare italiano nell'esercizio dei compiti e delle funzioni a lui attribuiti, in applicazione del principio di diritto internazionale consuetudinario della immunità funzionale, sussiste esclusivamente la giurisdizione dello Stato italiano[44].

Analogo limite si porrà alla giurisdizione del giudice italiano, nei confronti dell'operato dei militari stranieri, in virtù dell'adesione dell'Italia al diritto internazionale generale (art. 10 Costituzione). Tuttavia, la Corte costituzionale, riguardo all'ingresso nell'ordinamento della norma consuetudinaria dell'immunità degli Stati per gli atti *iure imperii*, ha enunciato il principio (invero riferito all'immunità *degli Stati* dalla giurisdizione straniera) secondo il quale, limitatamente alla parte in cui estende l'immunità alle azioni di danni provocati da atti corrispondenti a violazioni gravi di diritti protetti da norme cogenti di diritto internazionale, come sono molte di quelle la cui violazione costituisce crimine di guerra e contro l'umanità, il rinvio di cui al primo comma dell'art. 10 Cost. non opera[45].

---

41 A riprova della conclusione, la Cassazione, nell'ordinanza n. 8157 citata, ha precisato che «*con riguardo all'art. 6* [CEDU, n.d.r.] *ed a proposito del mancato rispetto del termine di ragionevole durata del processo, si è provveduto con apposita legge (la L. 24 marzo 2001, n. 89)* ».

42 C. Cost., n. 238/2014, cit.

43 Art. 28, Costituzione. Artt. 22 e 23, d. P. R. 10 gennaio 1957, n. 3, *Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato*. Art. 1, legge 31 dicembre 1962, n. 1833, *Modificazioni ed integrazioni alla disciplina della responsabilità patrimoniale dei dipendenti dello Stato, adibiti alla conduzione di autoveicoli o altri mezzi meccanici e semplificazione delle procedure di liquidazione dei danni*. Legge 17 marzo 1975, n. 69, *Disciplina della responsabilità patrimoniale dei dipendenti dello Stato adibiti alla conduzione di navi e di aeromobili*. Cass. Civ. sez. III, 13 novembre 2002, n. 15930.

44 N. RONZITTI, *L'immunità funzionale degli organi stranieri dalla giurisdizione penale: il caso Calipari*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. XCI, n. 4, 2008, 1033 - 1045.

45 Corte Cost., n. 238/2014, cit.: «*… la norma internazionale, per la parte confliggente con i principi ed i diritti inviolabili, non entra nell'ordinamento italiano e non può essere quindi applicata*».

Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto

Punishment exemption in case of criminal offence of tenuous entity

di *Fiorenzo Marino*[1]

Abstract: Il presente contributo divulgativo ha lo scopo di passare in rassegna i principali connotati della causa di non punibilità, di recente conio, per particolare tenuità del fatto, partendo da riflessioni di carattere generale, sulla *ratio* ispiratrice e di come questa si giustifica alla luce dei principi costituzionali, arrivando all'analisi dei profili sostanziali e processuali.

The following didactive article aims to look at the main features of a new punishment exemption, lately introduced. The writer will firstly concentrate on the reasons and the constitutional principles which gave birth to this institute, secondly, he will focus on substantive and procedural laws regarding it.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Auctor criminis (non) dat poenas – 3. Presupposti applicativi – 4. Profili processuali – 5. Conclusioni.

1. Introduzione.

Il d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, ha introdotto nel nostro ordinamento, all'art. 131 bis del Codice penale, una nuova causa di non punibilità per la particolare tenuità del fatto, recependo così la direttiva contenuta nella legge delega del 28 aprile 2014, n. 67[2]. La novità porta con sé il chiaro intento deflativo, perseguito qui e là dal legislatore, sempre più preoccupato e mosso da istanze di economia processuale e di alleggerimento del carico giudiziario. Peraltro, obiettivo che, secondo Autorevole dottrina, sembra difficilmente realizzabile per questa via, suscettibile, per di più, di spiegare un "effetto boomerang" [3], per il suo elevato rapporto costo-opportunità.

Le radici dell'istituto in questione sono da ricercarsi, innanzitutto, sul terreno costituzionale: nel principio di proporzionalità[4], come canone generale "di congruenza degli strumenti normativi

---

[1] Avvocato penalista patrocinante in Cassazione (foro di Salerno).

[2] Laddove, all'art. 1 comma 1, lett. m), si chiedeva al legislatore delegato di: "*Escludere la punibilità di condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risulti la particolare tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento, senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno e adeguando la relativa normativa processuale penale*".

[3] T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang,* in *Guida al diritto 2015, n. 15.* Effetto così sintetizzato: "*L'applicazione della causa di non punibilità postula adempimenti processuali particolari - segnatamente la notifica all'imputato e alla persona offesa, a prescindere dalla richiesta di cui all'articolo 408, comma 2, del Cpp - che scontano un prezzo alto rispetto ad altre soluzioni a costo zero, quali la prescrizione o l'archiviazione.*"

[4] Corte Costituzionale, sent. n. 409 del 1989, canone che dovrebbe "*negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni o valori offesi dalle predette incriminazioni*".

rispetto alle finalità da perseguire"[5], ed in quello di obbligatorietà dell'azione penale, se non altro, per garantire un apprezzabile grado di effettività a quest'ultimo [6].

2. Auctor criminis (non) dat poenas.

La natura dell'istituto di nuovo conio è chiaramente sostanziale, così riconosciuta dalla *communis opinio*[7], nonostante l'iter legislativo avesse intrapreso la differente direzione processuale, come emerge dai lavori preparatori.

Dunque, la scelta, verso una causa di non punibilità e non una condizione di procedibilità, non esonera il giudice da un vaglio sostanziale dell'ipotesi di reato, anzi, presuppone l'accertamento di un fatto storico come fatto tipico di reato, corredato di tutti i suoi elementi essenziali, seppur di scarsa portata offensiva. Ed è proprio la particolare tenuità del reato a giustificarne la "immeritevolezza" della pena, alla luce dei sopracitati principi costituzionali di proporzionalità dell'intervento repressivo e di obbligatorietà dell'azione penale, che, allora, nel caso di specie, pesano più sulla bilancia rispetto alla necessità di sanzionare penalmente l'*auctor criminis.*

Si affida al giudice, dunque, una "depenalizzazione in concreto"[8], così contribuendo alla realizzazione del sovraordinato principio dell'*extrema ratio* come, in particolare, di quello di proporzione[9], "essendo il dispendio di energie processuali per fatti bagatellari sproporzionato sia per l'ordinamento sia per l'autore, costretto a sopportare il peso anche psicologico del processo a suo carico"[10].

3. Presupposti applicativi.

L'ambito individuato dall'art. 131bis c.p., per il riconoscimento di questa causa di non punibilità, è quello dei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena[11].

Per espressa previsione normativa (art. 131-bis 4° comma c.p.), in verità non propriamente felice[12], il computo della pena, rilevante per delimitare l'ambito di applicazione della causa di non punibilità, deve essere individuato senza tener conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge prevede una pena diversa da quella ordinaria e di quelle ad effetto speciale. Nel caso ricorrano circostanze di questo tipo, il giudice non potrà effettuare il giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p., ma dovrà tenere conto di tutte le circostanze aggravanti presenti, che incideranno pertanto sulla individuazione del massimo edittale.

All'interno del perimetro così delineato, il legislatore condiziona l'applicazione di questo istituto alla sussistenza congiunta di due presupposti, uno di natura oggettiva – offesa di particolare tenuità – e uno di natura soggettiva – non abitualità del comportamento. Il primo degli "indici-

---

5 V.MANES a cura di, *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale),* quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, Madrid 13 – 15 ottobre 2011, p. 43.

6 F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto, in Diritto penale contemporaneo*, 8 luglio 2015, p. 83.

7 Vedi a riguardo MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, V ed. aggiornata da E. DOLCINI e G.L. GATTA, Milano, 2015, p. 409. V. inoltre, per l'inquadramento tra le cause di esclusione della punibilità, T. PADOVANI, *Un intento deflattivo* cit., p. 20. Nella giurisprudenza di legittimità v. Cass. pen., Sez. III, 8 aprile 2015, n. 15449 in *Diritto penale contemporaneo*, 22 aprile 2015, con nota di G.L. GATTA, *Note a margine di una prima sentenza della Cassazione in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.).*

8 Contro questa definizione T. PADOVANI, in *Un intento deflattivo* cit., p. 19*:* "Privo di senso sarebbe richiamare una qualche forma di "depenalizzazione", perché il fatto dichiarato non punibile non assume alcuna diversa rilevanza (non diviene lecito, né si trasforma in illecito amministrativo): è reato, e tale resta, pur se non punibile".

9 R. RAMPIONI, *La non punibilità per la particolare tenuità del fatto,* in Cassazione Penale, fasc.2, 2016.

10 PROF. F. PALAZZO Relazione illustrativa dello schema di decreto,

11 Contro la scelta del legislatore di ancorare l'istituto al massimo edittale, anziché al minimo, vedi T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 20.

12 In questo senso vedi F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni* cit., p. 90.

criteri"[13] è da soppesare alla stregua della modalità della condotta e dell'esiguità del danno o del pericolo, valutate dal giudice ai sensi dell'art. 133 c.p. 1° comma nell'esercizio del potere discrezionale di determinazione della pena in concreto da applicare, all'interno della forbice edittale prevista per una fattispecie di reato.

Vale la pena soffermarsi sull'entità di questo rinvio, quanto meno per fare un cenno ai dubbi interpretativi che ha acceso e che, per il vero, sono ancora accesi.

Se è vero che il richiamo al primo comma dell'art. 133 c.p. può sviare l'interprete, inducendolo a ritenere che il giudice debba valutare anche il grado di colpevolezza del reo (art. 133 c.p. 1° comma, n. 3), l'impostazione prevalente in dottrina esclude questo ulteriore accertamento, adducendo tesi, senz'altro condivisibili, a sostegno di questo esonero. Innanzitutto, al giudice è richiesto di valutare, soltanto, le modalità della condotta e l'esiguità del danno o del pericolo ai sensi dell'art. 133 c.p. 1° comma e non anche la condizione soggettiva-psicologica con cui ha agito il soggetto[14]. Inoltre, va rammentato come la "diagnosi di tenuità"[15] possa esser fatta anche in una fase del processo (*rectius* del procedimento) in cui un accertamento del genere può essere prematuro (ci si riferisce, in particolar modo, alla richiesta di archiviazione di cui all'art. 411 c.p.p.).

Di contro, il legislatore, pur avendo, da un lato, esplicitamente scelto di non annoverare tra i requisiti della particolare tenuità del fatto il grado della colpevolezza, ha, dall'altro, lasciato aperta la porta a considerazioni inerenti ai profili di tipo soggettivo, chiosando, nella Relazione, che questo tipo di valutazioni si prestano ad essere effettuate nel contesto del giudizio sulle modalità della condotta[16].

Le Sezioni Unite[17] hanno rincarato la dose, affermando che le preoccupazioni manifestate a riguardo dalla "dottrina della colpevolezza" non sono fondate, quindi, esprimendosi nel senso di una compatibilità di un giudizio del genere con l'istituto in analisi.

Passando oltre, sempre in riferimento all'indice di natura oggettiva, il secondo comma dell'art.131bis esclude che l'offesa possa esser ritenuta di particolare tenuità se l'autore ha agito per motivi abietti o futili, con crudeltà, anche in danno di animali, quando ha adoperato sevizie o ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona. Si tratta di ipotesi introdotte nel tentativo di circoscrivere la discrezionalità del giudice, da ritenersi tuttavia superflue, in quanto, per la gravità che le connota, in concreto insuscettibili di dar luogo a offese di particolare tenuità[18].

Per beneficiare della causa di non punibilità, oltre alla offesa di scarsa portata offensiva, il comportamento non deve risultare abituale[19], a tal pro il soggetto agente deve soddisfare alcuni requisiti negativi (art. 131bis c.p. 3° comma). Non deve rientrare nelle categorie di delinquente abituale, professionale o per tendenza, ovvero non deve aver commesso più reati della stessa indole[20], anche se di particolare tenuità e, al tempo stesso, non deve aver agito, per il reato di cui si procede, con condotte plurime, abituali, reiterate. Pertanto, ad un vaglio sulla "meritevolezza" oggettiva della causa esimente si affianca una valutazione sulla "meritevolezza" soggettiva.

---

13 In questi termini la Relazione illustrativa dello schema di decreto, Prof. F. PALAZZO.

14 In questo senso vedi F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni* cit., p. 86.

15 F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni* cit., p. 90.

16 Relazione cit., par. 3. In riferimento agli indici previsti dal 131bis "… non compare espressamente il grado e l'intensità della colpevolezza.", scelta questa che, tra le *rationes* possibili, si spiega "…nell'esigenza di "sganciare" per quanto possibile il giudizio d'irrilevanza da accertamenti di tipo psicologico-soggettivistico, sempre ardui...". "D'altra parte… l'indice-criterio delle "modalità della condotta" si presta benissimo … a permettere una valutazione sia del grado della colpa… sia dell'intensità del dolo…"

17 Corte di Cassazione Penale, Sezioni Unite, n.13681 del 25/02/2016.

18 G. ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto* in Diritto Penale Contemporaneo.

19 Requisito, questo, recentemente fatto salvo dalla Corte Costituzionale, con ord. 10 ottobre 2017 (dep. 21 dicembre 2017), n. 279, Pres. Grossi, Rel. Lattanzi, a seguito di questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale ordinario di Padova, sulla base degli artt. 3, 25, 27 Cost., ritenute infondate dal giudice delle leggi.

20 La sentenza delle S.U., cit., precisa "che la serialità ostativa si realizza quando l'autore faccia seguire a due reati della stessa indole un'ulteriore, analoga condotta illecita".

4. Profili processuali.

Della riforma in analisi, di diritto sostanziale, ritroviamo varie tracce nel codice di rito. Prima di menzionare alcune di queste, è opportuno rilevare quelli che sono gli "effetti collaterali" per il reo non punibile. Non va dimenticato, anzitutto, che l'esclusione della punibilità presuppone la constatazione della responsabilità penale del soggetto. Perciò, in primo luogo, la sentenza irrevocabile di proscioglimento per particolare tenuità del fatto ha efficacia di giudicato, quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illeceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo, per le restituzioni o il risarcimento del danno (art. 651bis c.p.p.). Inoltre, l'art. 4 d. lgs. n. 28 del 2015 prevede che i provvedimenti giudiziari definitivi che hanno dichiarato la non punibilità per la causa in parola sono iscritti nel casellario giudiziale, essa potrebbe ostare a nuovi giudizi di tenuità del fatto in successivi procedimenti penali a carico del medesimo soggetto[21].

Per espressa volontà legislativa, può giungersi alla declaratoria in questione anche nelle fasi precedenti al giudizio; *in primis* nella fase delle indagini preliminari, come si accennava poc'anzi, tramite richiesta di archiviazione, ai sensi dell'art. 411 c.p.p., 1° comma. Il successivo comma 1bis presuppone, in questo caso, l'avviso alla persona offesa e all'indagato, i quali possono presentare opposizione.

Il d.lgs. n. 28/2015 ha, inoltre, previsto che la declaratoria di non punibilità per particolare tenuità del fatto possa aver luogo con una sentenza predibattimentale, ai sensi del nuovo co. 1bis dell'art. 469 c.p.p., ferma restando la possibilità per il pubblico ministero e l'imputato di opporvisi. Restano, comunque, aperte possibilità che il riconoscimento di questa causa esimente in ulteriori momenti del procedimento, nel silenzio della legge. Una su tutte, l'ampia dizione, di cui all'art. 425, 1° comma, c.p.p., per cui il giudice, al termine dell'udienza preliminare, pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche nel caso in cui si tratti di persona *non punibile per qualsiasi causa*, sembrerebbe ricomprendere anche la causa in discorso, "sebbene nel silenzio legislativo il dubbio venga alimentato dalla incerta legittimità di un meccanismo che consenta di emettere una sentenza che presuppone la responsabilità dell'imputato, senza il consenso dello stesso"[22].

5. Conclusioni.

L'istituto, che da poco ha visto la luce, per molto tempo, darà lavoro a dottrina e giurisprudenza nell'opera di interpretazione. Molti, e non di scarso rilievo, sono i dubbi che aleggiano attorno ad esso, sia di natura sostanziale che processuale, ed è proprio questa una delle ragioni per cui, a distanza di poco più tre anni, non ha avuto il successo sperato. Parte della prassi giudiziaria resta diffidente, cerca di eroderne il perimetro, così come avvenuto per mano delle Sezioni Unite[23], riguardo all'esclusione dell'applicabilità del 131 bis c.p. per i reati di competenza del giudice di pace[24]. Nell'attesa di un'inversione di tendenza, l'autore non può che accodarsi alle riflessioni già poste in dottrina, agli albori, per cui, pur apprezzandone l'intento, la novità non è destinata a spiccare il volo, anzi, come l'Albatros di Baudelaire, rischia di trascinarsi dietro le ali da gigante.

---

[21] G.P. VOENA in *Atti*, cap. II del *Compendio di procedura penale,* G. CONSO – V. GREVI – M. BARGIS 8ª ed. pag. 180.

[22] L. GIULIANI, in *Indagini e udienza preliminare,* del *Compendio di procedura penale,* cit., pag. 582.

[23] Corte di Cassazione Penale, Sezioni Unite, 28 novembre 2017 (ud. 22 giugno 2017), n. 53683, Presidente Canzio, Relatore Vessichelli

[24] M. GAMBARDELLA, *Lo "splendido isolamento" ai reati di competenza del giudice di pace non si applica l'art. 131-bis c.p.,* in Cassazione Penale, fasc. 2, 2018, pag. 487.

MINISTERO DELLA DIFESA

Giustizia Militare

Rassegna della Giustizia Militare